



ASSER PRESS

The Court of Justice and the Construction of Europe:

Analyses and Perspectives on
Sixty Years of Case-law

La Cour de Justice et la Construction de l'Europe:

Analyses et Perspectives de
Soixante Ans de Jurisprudence



Springer



The Court of Justice and the Construction of Europe:

Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law

La Cour de Justice et la Construction de l'Europe:

Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence

Court of Justice of the European Union
Cour de Justice de l'Union Européenne

Editorial Committee:

President: Allan Rosas, Judge

Members: Egils Levits, Judge

Yves Bot, Advocate general

Comité éditorial:

Président: Allan Rosas, juge

Membres: Egils Levits, juge

Yves Bot, avocat général

The Court of Justice and the
Construction of Europe:
Analyses and Perspectives on
Sixty Years of Case-law

La Cour de Justice et la
Construction de l'Europe:
Analyses et Perspectives de Soixante
Ans de Jurisprudence



ASSER PRESS



Springer

Court of Justice of the European Union
Cour de Justice de l'Union Européenne
Luxembourg

Cover photo: View of the grand staircase connecting levels 6 and 8 of the Palais of the Court of Justice in Luxembourg. G. Fessy © CJUE

ISBN 978-90-6704-896-5 ISBN 978-90-6704-897-2 (eBook)
DOI 10.1007/978-90-6704-897-2

Library of Congress Control Number: 2012951139
Published by T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands www.asserpress.nl
Produced and distributed for T.M.C. ASSER PRESS by Springer-Verlag Berlin Heidelberg

© T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, and the authors 2013

No part of this work may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, microfilming, recording or otherwise, without written permission from the Publisher, with the exception of any material supplied specifically for the purpose of being entered and executed on a computer system, for exclusive use by the purchaser of the work. The use of general descriptive names, registered names, trademarks, etc. in this publication does not imply, even in the absence of a specific statement, that such names are exempt from the relevant protective laws and regulations and therefore free for general use.

Printed on acid-free paper

Springer is part of Springer Science+Business Media (www.springer.com)

Préface

Le 4 décembre 2012, la Cour de justice de l'Union européenne fête son soixantième anniversaire. Il est vrai que, du point de vue symbolique, cet anniversaire ne peut pas être qualifié d'emblématique. Lors de son cinquantième anniversaire, il y a dix ans, la Cour avait organisé une série de manifestations et actions telles que, notamment, un colloque sur la coopération entre la Cour de justice et les juridictions des États membres, une audience solennelle, un concert au Conservatoire de la ville de Luxembourg et la confection des «Carnets de la Cour» illustrés par un artiste renommé ainsi que d'un ouvrage consacré à l'«Architecture et Œuvres d'art à la Cour de justice».

Soixante ans ne représentent ni la moitié, ni les trois quarts d'un siècle. Néanmoins, la Cour de justice a décidé de ne pas laisser cet anniversaire passer inaperçu. En effet, le système juridictionnel de l'Union européenne a fait l'objet ces dix dernières années d'importantes réformes lesquelles, vues dans leur ensemble, constituent une véritable transformation. L'on peut mentionner à ce titre l'entrée en vigueur du traité de Nice, deux élargissements qui ont conduit au quasi doublement des effectifs de l'Institution et à une multiplication des langues de procédure et de travail, la création du Tribunal de la fonction publique, la modernisation substantielle des méthodes de travail internes, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne avec l'extension des compétences de la Cour, la mise en place de la procédure préjudicielle d'urgence et l'informatisation de la procédure avec le lancement du système e-curia. Il ne serait pas exagéré de prétendre que la Cour de justice en 2012 est très différente de celle de 2002. C'est principalement pour cette raison que, en mettant l'accent sur la substance plutôt que les réjouissances, la Cour a décidé de commémorer son soixantième anniversaire en procédant à l'édition du présent ouvrage collectif consacré au rôle de la Cour et de sa jurisprudence dans la construction européenne.

Un comité éditorial a donc été constitué, chargé de la dense tâche de l'édition de ce volume par le biais duquel la Cour s'ouvre au monde extérieur, en particulier à la doctrine, et manifeste son écoute. À cet égard, je souhaiterais à la fois remercier et féliciter son président, monsieur le juge Allan Rosas, ainsi que ses membres, monsieur le juge Egils Levits et monsieur l'avocat général Yves Bot, qui n'ont pas ménagé leurs efforts, depuis plus d'un an, pour garantir la qualité et la représentativité des contributions soumises.

Dans les pages qui suivent, le lecteur trouvera des contributions couvrant une large gamme des matières du droit de l'Union. Si les styles et les approches des contributions peuvent différer substantiellement entre eux, il n'en demeure pas moins qu'il existe un dénominateur commun: la jurisprudence de la Cour de justice. Nous espérons que le présent ouvrage servira non seulement à rendre hommage aux soixante ans de jurisprudence de la Cour mais également à alimenter la réflexion sur son évolution dans l'avenir.

Vassilios Skouris
Président de la Cour de justice

Avant Propos

Le présent ouvrage, conçu pour marquer le soixantième anniversaire de la Cour de justice, constitue le produit final d'un long processus de réflexion et d'organisation. En effet, c'est la première fois dans son histoire que la Cour entreprend une telle démarche dans le cadre de la commémoration de la date de sa création. Les raisons qui sous-tendent cette démarche sont multiples et se concentrent autour du contexte actuel entourant l'Union européenne en général et la Cour de justice en particulier.

D'une part, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a renforcé le rôle de la Cour de justice dans l'ordre juridique de l'Union européenne en étendant ses compétences de manière très significative. Le droit de l'Union devient de plus en plus vaste et il paraît désormais plus évident que jamais que, par le terme *droit de l'Union*, on se réfère non pas à une branche spécifique du droit mais plutôt à corpus législatif et jurisprudentiel assimilé à celui d'un État. Il nous a donc paru approprié de commémorer le soixantième anniversaire de la Cour en mettant l'accent sur le rôle, la jurisprudence et sur la contribution de cette dernière dans le processus de l'intégration européenne. Le symbolisme est à nos yeux évident: l'enrichissement constant du droit de l'Union rend nécessaire l'approfondissement de son enseignement et de son étude et la Cour doit y contribuer.

D'autre part, une série d'évolutions relativement récentes, dont les principales sont la conversion de la Charte des droits fondamentaux en texte juridiquement contraignant et le développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, rapprochent tant l'Union européenne que la Cour de justice du citoyen de l'Union. Le prétoire qu'est la Cour de justice lui devient de plus en plus ouvert et accessible. Ce soixantième anniversaire a donc été considéré par la Cour comme un moment très opportun pour une ouverture vers la doctrine, pour une interaction directe avec la communauté académique consacrée à l'étude du droit de l'Union.

Au début de nos travaux, nous avons dû faire face à deux principales difficultés: délimiter la taille, la structure et les thèmes ainsi qu'identifier les contributeurs. Couvrir l'ensemble des domaines de la jurisprudence de la Cour pendant les soixante dernières années était une tâche herculéenne, voire impossible. Le choix principal a donc été fait de limiter l'ouvrage à un volume, afin d'assurer sa lisibilité,

et de le structurer en quatre chapitres présentant un caractère transversal, tout en laissant aux auteurs le soin de définir le titre exact de leur contribution. Le premier chapitre vise à mettre l'accent sur le rôle institutionnel de la Cour de justice, sur l'évolution de ce rôle au fil des six dernières décennies et sur les perspectives pour l'avenir. Le deuxième chapitre est consacré au caractère constitutionnel de l'ordre juridique de l'Union et aux principes fondamentaux du droit de l'Union qui renforcent ce caractère. Le troisième chapitre, intitulé « L'espace des citoyens », regroupe des contributions ayant pour objet la jurisprudence de la Cour susceptible d'affecter la vie quotidienne des citoyens. Quant au dernier chapitre, il offre une perspective des aspects juridiques des relations extérieures de l'Union ainsi que de sa place dans le monde.

Le choix des auteurs a été effectué par le comité éditorial sur la base des suggestions faites par des membres de la Cour. Nous nous sommes efforcés de faire ce choix sur la base de critères objectifs afin d'assurer une représentativité optimale tant du point de vue géographique que du point de vue du profil professionnel et académique des auteurs. Ce choix, nécessaire, ne nous a pas été facile. Pour les nombreux éminents universitaires et professionnels du droit de l'Union, qui n'auront pas eu l'occasion de contribuer directement à cet ouvrage, nous espérons que les pages qui suivent inspireront leur travaux et promouvront les débats doctrinaux. Notre ambition n'est pas que ce volume épuise le dialogue mais qu'il le provoque. Et c'est précisément pour cette raison que les lecteurs constateront que le présent ouvrage ne contient ni d'aperçu général des contributions ni de conclusion.

Il est également significatif de mentionner que, tenant compte du contexte d'austérité économique actuel, la Cour a décidé de confier la publication et la distribution de cet ouvrage à une maison d'édition privée. Après avoir invité 15 maisons d'édition internationales possédant une certaine expérience dans la confection de tels ouvrages à manifester leur intérêt, la Cour a décidé de retenir l'offre des maisons d'éditions T.M.C. Asser Press et Springer Verlag. Nous les remercions vivement pour leur collaboration efficace qui a rendu possible la publication de cet ouvrage dans des délais particulièrement brefs.

Pour terminer cet avant-propos nous souhaitons exprimer notre reconnaissance aux auteurs pour l'enthousiasme avec lequel ils ont accepté l'invitation de la Cour à contribuer à cet ouvrage, pour la qualité remarquable de leurs contributions et pour le respect des délais très serrés qui leur étaient impartis afin que le présent ouvrage puisse être présenté le 4 décembre 2012. Nous ne pouvons omettre de mentionner dans ce contexte le travail de soutien du comité éditorial et de coordination réalisé avec engagement et efficacité par M. William Valasidis, référendaire auprès de M. le Président de la Cour. Nos remerciements tout particuliers doivent également être adressés à l'ancien Vice-président de la Commission,

Monsieur Antonio Vitorino, pour avoir répondu favorablement à notre invitation de rédiger l'introduction de cet ouvrage, tâche assez ardue compte tenu du nombre et de la diversité des contributions.

Le Comité Éditorial

A. Rosas, juge à la Cour de justice, président du comité

E. Levits, juge à la Cour de justice

Y. Bot, avocat général à la Cour de justice

Contents

Introduction	1
António Vitorino	
Part I The Role of the Court of Justice and the Judicial Architecture of the Union Le rôle de la Cour de justice et l'architecture juridictionnelle de l'Union	
The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin	9
Ditlev Tamm	
L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne	37
Gil Carlos Rodríguez Iglesias	
The Court of Justice in the Twenty-First Century: Challenges Ahead for the Judicial System?	49
Francis G. Jacobs	
The National Judge as Judge of the European Union	61
Nial Fennelly	
The Cooperation Between European Courts: The <i>Verbund</i> of European Courts and its Legal Toolbox	81
Andreas Voßkuhle	
Le rôle du comité 255 dans la sélection du juge de l'Union	99
Jean-Marc Sauvé	

La Cour de justice et le Parlement européen	121
Christian Pennera	
Les institutions politiques de l'Union et la Cour de justice:	
Le point de vue du Conseil	141
Hubert Legal	
La Commission devant la Cour de justice:	
l'exemple de la procédure préjudicielle	155
Luis Romero Requena	
The European Convention on Human Rights and the Charter	
of Fundamental Rights of the European Union:	
A Process of Mutual Enrichment	167
Sir Nicolas Bratza	
The EFTA Court and Court of Justice of the European Union:	
Coming in Parts But Winning Together	183
Carl Baudenbacher	
Part II The Constitutional Order	
L'ordre constitutionnel	
Rôle des droits fondamentaux dans la constitutionnalisation	
de l'ordre juridique de l'UE	207
Elena Simina Tanasescu	
When Sovereignty Means So Much: The Concept(s) of Sovereignty,	
European Union Membership and the Interpretation	
of the Constitution of the Republic of Poland	229
Mirosław Wyrzykowski	
Balancing EU Integration and National Interests in the Case-Law	
of the Court of Justice	257
Jürgen Schwarze	
Le principe de l'effet utile du droit de l'Union	
dans la jurisprudence de la Cour	279
José Luís da Cruz Vilaça	

Contents	xiii
Reasonableness in the European Court of Justice Case-Law	307
Giuseppe Tesaurò	
Principes d’attribution, de subsidiarité et d’identité nationale des Etats membres	329
Mireille Delmas-Marty	
To Decide or Not To Decide: On the Political Theology of <i>Simmenthal</i>, <i>Lyckeskog</i> et al.	337
Radoslav Procházka	
Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law	367
Takis Tridimas	
The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU . .	381
Ingolf Pernice	
The Future of the Court of Justice in EU Competition Law	397
Nicolas Petit	
Part III The Area of Citizens L’espace des citoyens	
The Dynamics of European Citizenship: From Bourgeois to Citizen	425
Christian Calliess	
The Prohibition of Discrimination in the Union’s Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the <i>Mangold</i> Approach	443
Christa Tobler	
Nationality and Third-Country Nationals	471
Ineta Ziemele	
Revisiting the Free Movement of Goods in a Comparative Perspective	485
Miguel Pórigues Maduro	
Citizenship of the Union and the Area of Justice: (Almost) The Court’s Moment of Glory	505
Catherine Barnard	

The European Arrest Warrant: The Dilemmas of Mutual Recognition, Human Rights and EU Citizenship	523
Steve Peers	
La jurisprudence de la CJ relative au principe <i>ne bis in idem</i> : une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale	539
Anne Weyembergh	
La diversité de la culture juridique européenne et la prise de décision au sein de la Cour de justice de l'Union européenne	561
Vassili Christianos	
Direct Taxation and the Free Movement of Persons	569
Juha Raitio	
 Part IV The Union in the World L'Union dans le monde	
"It Shall Contribute to ... the Strict Observance and Development of International Law..." The Role of the Court of Justice	589
Pieter Jan Kuijper	
Exclusive External Competences: Constructing the EU as an International Actor	613
Piet Eeckhout	
L'effet direct des accords internationaux	637
Jacqueline Duheil de la Rochère	
The Court of Justice and Mixed Agreements	659
Christiaan W. A. Timmermans	
The Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy	675
Stefan Grillier	
The Court of Justice and Bilateral Agreements	693
Marc Maresceau	
Une vue outre-atlantique de la Cour et de sa jurisprudence	719
George A. Bermann	

Introduction

António Vitorino

L'ordre juridique européen constitue une 'révolution souple' dans le cadre des relations entre États-souverains. La Cour de Justice est sans aucune doute la pierre angulaire d'une telle évolution progressive et continue au cours des 60 années évoquées dans le présent volume.

La Cour a en effet joué un rôle central de consolidation d'un ordre juridique naissant, tout en contribuant à la définition progressive de ses caractéristiques spécifiques, dont certaines découlent toujours de ses formulations jurisprudentielles (voir par exemple la primauté du droit communautaire et le débat à ce propos lors de l'adoption du Traité Constitutionnel puis de son incorporation dans le Traité de Lisbonne).

En même temps, le développement de la jurisprudence de la Cour a aussi donné une impulsion à l'approfondissement du projet d'intégration européenne, tout en explorant les potentialités des bases juridiques des Traités à la lumière des objectifs définis par les pères fondateurs des Communautés. Un tel rôle d'impulsion (ici et là critiqué en tant qu'expression d'un certain « activisme judiciaire ») exercé en parallèle, a souligné l'importance de la Cour en tant qu'instrument de légitimation et de garantie des finalités de l'intégration européenne établies dans les Traités. La dialectique impulsion/légitimation est à la base de plusieurs avancées de l'intégration européenne, plus évidentes dans les périodes où les impasses au niveau politique et même institutionnel ont laissé un vide que la jurisprudence a rempli.

On ne pourra donc être surpris par le fait que l'image marquante de la Cour soit d'abord liée à une fonction de garantie constitutionnelle au regard de l'ordre juridique étatique. Ce rôle de « Cour Constitutionnelle européenne » n'est pas

Président de Notre Europe – Institut Jacques Delors.

A. Vitorino (✉)

Président Notre Europe, 19 Rue de Milan, 75009 Paris, France

e-mail: idonnay@notre-europe.eu

cependant exempt de tensions et de conflits, dans la mesure où la Cour le déploie dans un cadre où s'expriment différents intérêts nationaux et diverses dynamiques d'action des institutions communautaires. Dans un cas de figure autant que dans l'autre, la Cour a dû faire preuve d'une évaluation de l'intérêt général européen tel qu'il découle de la lettre des Traités et ainsi contribuer à moduler la séparation et de l'interdépendance des pouvoirs des institutions communes. Mais en même temps la Cour a toujours reconnu que l'exercice consistant à dégager un tel intérêt européen devrait prendre en ligne de compte les intérêts nationaux des États-membres, selon le modèle de répartition des compétences inscrit dans les Traités. Cette logique a été intégrée dans une large mesure par le Traité de Lisbonne, lequel a essayé d'établir un cadre formel de compétences, en s'inspirant directement de la jurisprudence forgée par la Cour au cours des cinquante années précédentes. Cela étant dit, bien que le principe de subsidiarité ait été inscrit dans les Traités à Maastricht, tout en bénéficiant d'une forme de garantie juridictionnelle, le dispositif originel, aussi bien que son prolongement plus sophistiqué défini par le Traité de Lisbonne, n'ont pas fait l'objet d'une notable, pour des raisons qui ne sont certainement pas imputables à la Cour elle-même.

Le présent volume démontre d'ailleurs, dans plusieurs contributions d'une qualité exceptionnelle, non seulement la place fondamentale de la jurisprudence de la Cour dans la définition des éléments identitaires de l'ordre juridique communautaire mais aussi son influence dans le développement des politiques communes, dans la construction du marché intérieur, dans la densification des quatre libertés fondamentales. Aussi bien que dans la vie publique des États-membres, qu'au niveau européen, la formulation des politiques selon les valeurs essentielles liées au respect de la légalité démocratique découle de l'interaction entre les instances exerçant des responsabilités politiques et les institutions de contrôle de type judiciaire. La complexité d'une telle dialectique est accrue au niveau européen, dans la mesure où une partie de ce « dialogue créateur » à l'origine des politiques dépend aussi de l'action des États-membres, des administrations nationales et des niveaux infra-étatiques, donc du rôle accordé dans chaque ordre juridique national aux instances judiciaires correspondantes.

C'est pourquoi dans la jurisprudence de la Cour, les questions préjudicielles représentent non seulement un élément essentiel de garantie de l'unité de l'ordre juridique communautaire mais aussi un outil de dialogue et d'interaction du système judiciaire européen et des cours nationales. L'histoire des rapports entre Cour de Justice et instances judiciaires nationales dessine un cadre de « géométrie variable », un exemple de la diversité des États-membres et de l'évaluation différente du rôle de l'ordre juridique européenne dans chaque système juridique national, soit de la part des tribunaux nationaux soit de la part de l'ensemble des sujets juridiques nationaux.

La dimension constitutionnelle de la Cour ne doit cependant pas obscurcir la dimension « citoyenne » du rôle de la Cour. En effet, si le concept même de citoyenneté européenne n'est entré dans l'ordre juridique européen que dans le Traité de Maastricht, en 1992, la dimension citoyenne est présente depuis l'origine dans la jurisprudence de la Cour. Pour l'essentiel, on peut ancrer cette jurisprudence

dans les racines mêmes de l'ordre juridique supranational, qui reconnaît un droit de saisine de la Cour au-delà des États-membres et des institutions européennes. Il ne s'agit cependant pas seulement de l'adoption d'une dimension procédurale, d'ailleurs soumise à des restrictions qui font l'objet de nombreux débats, et même de divergences jurisprudentielles (il suffit de rappeler les débats à propos de l'ancien article 230, n. 4, à la lumière de différentes interprétations jurisprudentielles, tant au niveau de la Cour de Justice que du Tribunal de Première Instance à l'époque). En effet, la Cour a toujours développé sa jurisprudence dans le cadre de référence d'une communauté qui rassemble des États et des citoyens, ce qui est souvent exprimé dans l'expression d' « Union d'États et de Peuples ».

Pour apporter la preuve de cet attachement à une dimension individuelle et citoyenne de la construction européenne, il suffit de se référer à l'abondante jurisprudence de la Cour sur la liberté de circulation des personnes, sur la non-discrimination, sur le rôle des droits fondamentaux dans le cadre de l'ordre juridique européen. Toute l'histoire de l'incorporation des droits, libertés et garanties fondamentales en atteste également, notamment si l'on inclut la contribution fondamentale de la Cour jusqu'à l'adoption de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne par le Traité de Lisbonne en 2009.

Ceci étant dit, le rôle des droits fondamentaux dans l'Union représente aussi un terrain de dialogue et d'interaction entre la Cour de Justice et le système établi par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales : ce dialogue, qui se déroule depuis des années et connaît aujourd'hui un renouveau découlant de l'adoption de la Charte des Droits Fondamentaux et de la perspective de négociations d'adhésion de l'Union elle-même à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, dans les termes définis par le Traité de Lisbonne. Je suis pareillement convaincu que, dans ce domaine spécifique, le développement de la jurisprudence de la Cour renforcera les rapports de dialogue entre le système judiciaire européen et les Cours Constitutionnelles nationales. Le critère essentiel de la « protection effective », qui fait l'objet d'un débat très pertinent dans le cadre européen (surtout en ce qui concerne le possible élargissement des voies d'accès à la Cour), appelle l'attention sur le rôle des instances judiciaires nationales dans le cadre du système de garanties de l'ordre juridique européen.

Un raisonnement du même ordre pourrait d'ailleurs être fait en ce qui concerne l'objectif d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union Européenne. Formellement, on peut faire référence au Traité sur l'Union Européenne de 1992 (ou Traité de Maastricht) comme le moment générateur des politiques européennes qui ont été rassemblées par le Traité d'Amsterdam (1999), dans l'objectif de faire de l'Union un espace de liberté, de sécurité et de justice. Cependant, son développement législatif a connu une impulsion toute particulière suite au Conseil Européen de Tampere, en Octobre 1999. Il s'agissait d'incorporer dans l'ordre juridique européen, dans un ensemble cohérent et coordonné, des politiques ancrées dans la souveraineté des États : la liberté de circulation qui présuppose le contrôle des frontières extérieures communes y compris l'abolition des contrôles aux frontières intérieures – au moins dans l'espace Schengen ; l'immigration et l'asile ; la coopération judiciaire en matière civile – élément essentiel des libertés

fondamentales du marché intérieure ; la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

D'où ce paradoxe : les politiques en question ont à voir très directement avec les droits et les libertés fondamentales des citoyens mais, en raison des réticences, sinon de la méfiance, des États vis-à-vis du cadre d'action des institutions européennes, une telle incorporation est assortie de d'importantes limites en ce qui concerne soit la participation du Parlement Européen dans le processus législatif, soit le pouvoir de punir les infractions de la part de la Commission, soit les pouvoirs de contrôle judiciaire de la Cour de Justice. L' évolution de l'espace de liberté, sécurité et justice pendant presque quinze ans a mis en évidence non seulement la complexité de la structure en piliers définie à Maastricht (la Cour ayant à se prononcer plusieurs fois sur le sujet), mais aussi l'attraction progressive par le modèle communautaire de certains de ses éléments constitutifs, jusqu'à une intégration presque intégrale, en vertu de l'abolition de la structure de piliers par le Traité de Lisbonne.

Ces déficits identifiés, tant du point de vue démocratique que du point de vue du contrôle judiciaire, n'ont pu être comblés que par les amendements introduits par le Traité de Lisbonne, en 2009, soit dans les bases juridiques pertinentes, soit par le biais de la Charte des Droits Fondamentaux déjà mentionnée. Il faut cependant souligner le rôle décisif de la jurisprudence de la Cour pendant ces dix années, surtout dans le rapprochement des critères interprétatifs de la législation découlant alors du « troisième pilier » et de la reconnaissance à cette législation des caractéristiques cohérentes avec l'ensemble de l'ordre juridique de l'Union (y compris le rattachement aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit et de la tradition constitutionnelle commune des États-membres). La projection de ce travail jurisprudentiel dans les solutions adoptées par le Traité de Lisbonne est à la fois évidente et inestimable pour la reconnaissance de l'unité de l'ordre juridique européen.

Comme le démontre ce volume, la projection internationale de la jurisprudence de la Cour a également toujours été présente pendant ces 60 ans. Tout d'abord parce que se présente en filigrane une question constitutionnelle fondamentale, à savoir l'incorporation dans l'ordre externe des compétences exercées dans le cadre communautaire, essentielle à l'unité de l'ordre juridique européen. Mais, au-delà de cette question existentielle de l'ordre juridique européen, au fur et à mesure que le droit européen s'est développé, l'incorporation dans la sphère externe de la substance de la jurisprudence de la Cour a sans doute contribué à renforcer le profil international des Communautés Européennes. Un raisonnement identique peut être fait sur l'Union en tant que telle, même si sa personnalité juridique internationale n'a été reconnue que par le Traité de Lisbonne en 2009 : à cet égard il suffit de rappeler l'enjeu des accords avec les États-Unis de l'Amérique sur le système d'enregistrement des passagers dans les vols transatlantiques – « Passenger Name Record » – ou la jurisprudence sur la transposition dans l'ordre juridique européen des décisions de l'Organisation des Nations Unies sur le gel des avoirs des personnes et institutions suspectées de liens avec le terrorisme). Il est particulièrement remarquable de noter l'attention accordée et les références faites

à la jurisprudence de la Cour dans les plus récentes négociations d'accords internationaux dans ces domaines nouveaux, qui ont des répercussions directes en termes de garantie et de protection des droits fondamentaux des citoyens européens.

Le 60^{ème} anniversaire de la Cour est aussi un moment propice à une réflexion sur l'avenir de cette institution. Il est évident qu'une telle tâche dépasse largement le cadre de cette modeste introduction. Il faut quoiqu'il en soit souligner à titre d'*obitum dictum* que, au-delà des questions traditionnelles posées à l'organisation interne de la Cour (le fonctionnement en chambres, la répartition de compétences entre la Cour et le Tribunal, l'articulation avec les cours nationales, surtout dans le cadre de l'évolution des questions préjudicielles, les conditions de saisie de la Cour par les requérants non privilégiés), un nouveau chantier vient d'être ouvert avec l'approbation du Traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance (TSCG) : il concerne les relations futures entre l'application de ce Traité et le cadre de fonctionnement de l'Union Économique et Monétaire et celui du marché intérieur européen, du point de vue de la substance des politiques comme de la délimitation concrète des compétences accordées à la Cour dans un tel traité intergouvernemental, dont la portée reste encore à clarifier.

Si on considère qu'à l'avenir le projet d'intégration européenne sera chaque fois plus développé en ayant recours à des formes de « différenciation », via les différentes formules possibles de coopérations renforcées, des dispositifs purement intergouvernementaux, soit à 17, soit à 25 États-membres, voire même d'autres regroupements partielles, il me paraît évident que la cohésion et la cohérence de l'ensemble européen devront plus que jamais être soumises à un strict contrôle judiciaire. Le futur rôle de la Cour sera donc essentiel pour l'avenir du projet européen, sa dimension constitutionnelle à plusieurs niveaux sera renforcée et son apport institutionnel encore plus remarquable et décisif. Je forme le vœu que tout ces développements s'inscrivent dans la meilleure tradition des soixante années passées, que ce volume identifie et analyse grâce à des contributions ayant des perspectives différentes mais toutes d'une très haute qualité : c'est le meilleur hommage que l'on puisse rendre au remarquable travail effectué par plusieurs générations de juges, qui sont autant « d'ouvriers intellectuels » discrets donnant corps au rêve des pères fondateurs.

Part I
**The Role of the Court of Justice and the
Judicial Architecture of the Union**

**Le rôle de la Cour de justice et
l'architecture juridictionnelle de l'Union**

The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin

Ditlev Tamm

Abstract This article deals with the history of the Court of Justice of the European Union since its foundation in 1952 as a court of the European Coal and Steel Community. In an introductory chapter the Court is described on a comparative basis with other supreme courts. The European spirit of the Court is described as are the first years of its existence. In the first part the foundation and the juridical architecture of the Court are explained. In the second part the history of the Court is followed from the landmark cases of 1963 and 1964 through the most important cases of the 1970s and 1980s up to a number of cases in recent decades marked by important changes in the Treaties on which the jurisdiction of the Court is founded.

1 Introduction

The history of the Court of Justice of the European Union is the narrative of the founding and, later, the transformation of a new court in its own right in post-war Europe. It is the history of what became a unique institution inspired by great visions in a specific atmosphere. The Court has now existed under different names for 60 years and undeniably has made itself famous. The now three scores of its existence provide a welcome opportunity for reflections on how and why it came into being and how it

Professor, University of Copenhagen.

D. Tamm (✉)

University of Copenhagen, Studiestræde 6, 1455 Copenhagen, Denmark

e-mail: ditlev.tamm@jur.ku.dk

managed in a surprisingly short time to pave its own way towards a position as the *Areopagos*¹ of modern Europe, creating a new legal order in a process that has attracted the attention of lawyers from all over the world. It is, however, not only a history of an institution. The history of the Court of Justice reflects the history of the European Union and it is closely linked to European politics in the same period of time.

Determining what the historian's task is when it comes to the history of the Court of Justice is thus not straightforward. Is it the story of how the Court was founded and a chronological description of some of the main institutional changes and reforms that took place? Is it the story of persons, judges and Advocate Generals and others who took a decisive part in the development of the Court? Or is it just the story of the many cases, especially those classified as landmark cases which have received as much or perhaps sometimes even more attention than the most famous landmark decisions of the US Supreme Court? Does the history of the Court include the extensive scholarly work on the leading cases and the opposing attitudes as to the role the Court plays in promoting European Union law? All these questions may be answered in the affirmative. Much important scholarship has been dedicated to these questions and they must be kept in mind when we, in the following, restrict the history to the foundation of the Court and some of the milestones on its legal path.

1.1 Courts, Courts, Courts

The Court of Justice has been compared to national supreme courts and to federal constitutional courts² and it has been placed among the increasing number of globally or regionally active courts that have emerged in the last decades ranging from the International Court of Justice in The Hague over international criminal courts, courts of human rights and courts within international organisations to the Court which we today know as the Court of Justice of the European Union. Some of these courts have been modelled on the Court of Justice. Some of them may be considered as sister courts or as more distant cousins, but they all have their own history which at some point links them to some basic idea of justice.

Solving conflicts in myriads of courts is an important part of the history of Europe. The Court of Justice rests on a strong European tradition.³ To include a permanent court with a purely legal competence in a political construction such as the European Coal and Steel Community (ECSC) founded in 1952 and, later, the broader European Economic Community (EEC)—even if other constructions were at hand—was a natural result of centuries of institutional thinking in the West.

¹ The famous High Court of Athens in classical times.

² See e.g. Hinarejos 2009 who mentions examples of ordinary courts' tasks such as ensuring uniform application of the law, the endeavour to make a coherent legal system, ensuring vertical boundaries between powers and the protection of individual rights.

³ See also on the idea of "courtiness" or "the root concept" of "the Triad in Conflict Resolution", Schapiro 1981, p. 1 and Schapiro 1999.

However, a court generally known as the European Court of Justice (ECJ) with a competence to make law on a level considered as European is something which may well be and often is described as a legal revolution.⁴ The history of the Court of Justice and of the law developed by the Court thus combines elements well known in European legal history with something groundbreaking, and in that way the Court has added a new dimension to our traditional concept of what a court is.

In the Middle Ages, papal courts ruled (and the papal *Rota Romana* still does) according to a universal canon law on hearing appeals from local ecclesiastical courts. There are interesting parallels between the way in which both canon law, since what has been called the papal revolution⁵ in the Middle Ages, and today's European Union law have had direct effect and demanded supremacy over national law. Canon law, however, even if considered to be above the national law was separate from national law. It was not, as is the law of the European Union, part of the national legal order and therefore handled by national courts. The ecclesiastical courts did not interact with national courts as does the Court of Justice, but they did contribute to the creation of a *ius commune* which, as a legal phenomenon, may be compared to the law made by the Court of Justice, taking into consideration the important differences between then and now.⁶

G. F. Mancini, himself a judge of the Court, has said that “few supreme courts in the world are so lacking in links, direct or indirect, with the symbols of democratic governments”.⁷ Still, the Court of Justice and its way of acting has drawn attention and provoked both acclamation and fierce opposition rarely seen when it comes to national courts in Europe. The question as to why this has happened must necessarily puzzle a legal historian. Or, to put the question more bluntly, how is it that a handful of judges, generally unknown by the public and without further legitimacy than their being chosen by their respective governments,⁸ saw

⁴ Even when compared to the other “European” court—the European Court of Human Rights, Cohen and Vauchez 2011.

⁵ The expression was coined by Berman 1983.

⁶ See Grilli 2008 on differences between European law and traditional *ius commune* as to the restricted field of European law and its origin in national law. The similarities between European law and the Medieval *ius commune* are captured by Temple Lang 1997, p. 16: “...we are gradually building what has not existed for fifteen hundred years, a common law for much of Western Europe.” Fischer Lescano and Teubner 2008

⁷ Mancini and Keeling 1994, p. 176.

⁸ The judges are persons “whose independence is beyond doubt” and they are appointed by “common accord of the governments of the member states”. There has been little discussion about the judges of the Court outside scholarly circles and very little has been known about the procedures that lead to the nomination of the single judges. The important question of course is that of loyalty of the judges towards their own country and to the Union. The European pattern of rather anonymous judges who guard their reputation as independent by not publishing too much is however the image presented by the European Court of Justice even though several judges regularly publish academic articles and books or appear at conferences presenting papers on their work in the Court. You may speculate—and many have done so—as to who means what, but until now nothing substantial to illuminate what actually happens behind closed doors when the Court is deliberating has come out. As the decisions of the Court do not include dissenting opinions, a judge of the European Court of Justice has fewer possibilities than a judge of the US Supreme Court to stand out with a personal profile and there will of course be less speculation as to

themselves as authorised to turn what many would consider just some general principles of some treaties into “a new legal order”, which we now know as European law? As insiders know, in the answer to that last question lies hidden most of the history of the European Court of Justice.

Those who drafted the founding provisions of the Court did well in not being too liberal in permitting individuals in general to bring cases directly before the Court. The Court has avoided being trapped by too many facts and has maintained a role as the supreme interpreter of what European Union law is. In ancient Rome the praetor similarly concentrated on questions of law, creating his own system known as the *ius honorarium*. In the history of the Court of Justice, legal questions which are highly technical, even tedious to explain and obviously sometimes of minor significance have been those that the new legal order was built upon.

Sixty years is not a great age for a court but is—as we now know—sufficient to establish a leading and uncontested position within its field. Some supreme courts in Europe can date their establishment way back to pre-constitutional times as is the case in Denmark or Sweden.⁹ The French judicial system with its clear distinction between ordinary and administrative justice was established in Napoleonic times, as it was in other countries that came into being after 1814. The US Supreme Court was established by the American Constitution in 1789 and inherited many principles from European constitutional thinking. The Austrian Constitutional Court was set up after the First World War. This is just to mention a few of the courts that constitute the wider family of courts to which also the Court of Justice belongs.¹⁰

Most national supreme courts in Europe have a past linked to the main changes in the history of a country. The original Court of Justice, the Court of the ECSC, was born as part of what we now see as the “transitional justice” after the Second World War which also included the setting up of international courts in completely different fields such as the Nuremberg Court for the trial of war crimes and the other “European” Court, the European Court of Human Rights (ECtHR).¹¹ Our Court is also a contemporary of two important national supreme courts, the Italian Constitutional Court, the *Corte Costituzionale*, and the German Constitutional Court, the *Bundesverfassungsgericht*, and with both of these courts it has been in “competition and cooperation”¹² and held remarkable dialogues which have left

(Footnote 8 continued)

the standpoint of the individual judges. However, the question is still discussed as to who are or were the driving forces behind the Court’s expansive practice.

⁹ Tamm 2012.

¹⁰ The German Constitutional Court has been a model for European constitutional courts. It is worth mentioning how, with the changing political pattern a constitutional court was set up in Spain in 1978, in Portugal in 1983 and how a whole new wave of courts followed in the wake of the fall of communist regimes in Eastern Europe. Even a country as eager to keep traditions as the UK in 2009 made a radical change in its judicial system by establishing a new Supreme Court as a substitute for the judicial House of Lords.

¹¹ The Court was founded in 1949. The ECtHR’s reach now extends to more than 800 million people in 47 countries and it suffers from a very high case-load.

¹² Baquero Cruz 2010, p. 51.

their mark on the Court of Justice as the two national courts eventually let themselves be convinced that the Court of Justice shared their values and at last more or less reluctantly accepted its supremacy within its field.¹³

1.2 *The Spirit of the Court*

The founding of the Court of Justice, intrinsically connected with the idea of creating a new European spirit in politics, law and justice, was supported by the great vision that conflicts in a future Europe should not be the cause of war or subject to political and economic struggles but should be solved by common institutions using legal means or negotiation in an atmosphere of collaboration between former enemies. These basic facts are often repeated, and much can be considered common knowledge given the leading cases and the function of the Court whose anniversary we are celebrating this year. However, we still need to keep them in mind in order to understand and judge properly the work of the Court.

Being a young court has both its advantages and disadvantages. A new court may have to struggle for its position. Courts with a longer history are sometimes ashamed to look back on decisions you might want to forget.¹⁴ Even if the role of the Court of Justice is far from uncontroversial, more disputed decisions are discussed as contributions to constructive thinking in relation to European integration and as completely opposite to the upholding of segregation, discrimination or a refusal to recognise social rights.

¹³ For this well-known story, see in general Alter 2001 and for Germany Davis 2012. The question of fundamental rights in the Community gave rise to a legally fruitful dialogue with the German Constitutional Court. The case of *Solange I* was an answer to *Internationale HG* (1970) and stated that Community law did not ensure a standard of fundamental rights corresponding to that of the German Constitution. The later *Solange II* was based on the presumption of equivalent protection. Later decisions by the German Constitutional Court on, e.g. the Maastricht Treaty and the Lisbon Treaty judgments have again shown a more critical attitude towards the EU. On the Italian development see Draetta 2009, pp. 316–339. The Italian Constitutional Court has recognised since the case of *Frontini v. Finanze* (1973) the supremacy of the law of the Community even if it conflicts with the Italian Constitution. Also, the Polish Constitutional Court, the Czech and other national constitutional courts have had their reservations as to the supremacy of the Court of Justice and have intensively deliberated the question of compatibility of the new European Treaties with their respective constitutions. In a recent decision of February 14, 2012, the Czech Constitutional Court decided not to follow the judgment of the Court of Justice of the European Union in the *Landtová* case (C-399/09) and maintained its role as the supreme guardian of constitutionality.

¹⁴ It may suffice to think of two infamous cases in the history of the US Supreme Court, the *Dred Scott* case, the famous slavery case, which denied black people the right of citizenship (1857) and the *Lochner* case (1905) on working conditions. Needless to say also that the supreme courts of the Member States have good reasons to be rather low profile as to their position taken on legal issues in the last century especially perhaps with regard to decisions made during and just after the Second World War.

The Court of Justice has functions similar to those of a national supreme court or constitutional court but it is not a national court. Nor is it an international court. It is a court *per se*, a supranational court. You may therefore ask to whom the Court actually belongs,¹⁵ fundamentally linked as it is, not to a country or any other tangible unit, but to an abstract idea of Europe. The history of the Court cannot be correctly understood without constantly having in mind how the Court has conceived itself as a part of a political project on the shaping of Europe and has defined its position by broadly interpreting the provisions of the treaties that brought it into being. Those provisions were sufficiently open to enable the Court to develop new principles of law which, in order for European law to fulfil its task, must have direct effect and supremacy in relation to national law.

This is where the important question of how the Court has taken to what is known as teleological interpretation based on the “telos” of the European Community/Union comes in. The Court is not just one of several organs within an institution. It is part of a vision forged in the mind of those founding fathers of the new Europe who dedicated their effort, after the Second World War, to the construction of supranational institutions believing in a “Europe” above the national states that needed an institutional framework in order not to fall apart in a region in which the creation of a political union or a defence union had proved an illusion.¹⁶ For the historian, there is nothing surprising in the fact that the Court actually took advantage of the legal possibilities offered by the European treaties to further the project once it was started on a less ambitious scale. The sometimes pompous rhetoric used by the Court itself or its judges reflects this “preference for Europe”, which has even been described as a specific “genetic code”.¹⁷ It is this story that has become a fashionable theme among legal scholars under the heading of the judicial constitutionalization of the European Community/Union.¹⁸

The Court of Justice was not always “European” in the geographical sense of the word. Europe was never constituted by just “the Six”, the original member states of the EEC, even though, admittedly, the history of these countries since the Middle Ages has in many ways been the core of European history. For a long time the

¹⁵ Essentially, of course, to those with European citizenship even though access to the Court is not reserved to European citizens and even if access to the Court for individuals most of the time takes place indirectly through a preliminary reference from national courts.

¹⁶ The idea of establishing the European Defence Community and the European Political Community was given up in 1954.

¹⁷ See Mancini and Keeling 1994, p. 186: “The preference for Europe is determined by the genetic code transmitted to the Court by the founding fathers, who entrusted the task of ensuring that the law is observed in the application of a Treaty whose primary objective is an ‘ever closer union among the peoples of Europe.’”

¹⁸ See now Tuori 2010, p. 17. The intellectual history of how the Treaties of Rome have been “constituzionalized” since the landmark decisions of 1963 and 1964 and how especially American scholars have been instrumental in categorizing what happened as “constitutionalization” is a fascinating story of how scholars create a new field. The names of Eric Stein and Mauro Cappelletti shall be mentioned as well as the next generation of scholars such as Alec Stone Sweet and Joseph Weiler with his famous article on The Transformation of Europe 1991 and later works, see also Stone Sweet 2000 and Schlaugter et al. 1998.

European periphery, especially the Nordic countries and Eastern Europe, was neglected, when it came to the essence of European history. In a well-known classic of European legal history published by the German Paul Koschaker shortly after the war,¹⁹ the concept of “Europe” was restricted to those parts that had been governed by the Romans and later Roman law, remained Catholic and thus eventually became the original “Six”. Later expansions of the original European Community which initially included Denmark, United Kingdom and Ireland (1973) were therefore not only extensions to countries not placed at the heart of Europe and thus outside the narrow concept of Europe, but also meant the inclusion of countries with different legal traditions. The first enlargement was followed later by Greece (1981), Spain and Portugal (1986), Austria, Sweden and Finland (1995), Malta, Cyprus, Estonia, Latvia, Lithuania, Poland, Czech Republic, Slovakia, Slovenia, Hungary (2004) as well as Bulgaria and Romania (2007). These enlargements did change the Court from being supranational in relation to a restricted number of European countries with a common history into a real European Court.

The change from being just the Court of “the Six” to the status of being the “true” European Court of Justice happened at a time when the Court had taken the decisive steps in defining its role. What Eric Stein so distinctly wrote in 1981 about the Court in the 1960s as “tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media”²⁰ may have been true as long as the Court was only the Court of one of the European Communities²¹ but it does not correspond to the position of the Court after the Community had expanded.

2 The Foundations

The reconstruction of the origins of the Court was for some time hampered by the lack of official sources or access to historical archives.²² Silence, as to divergent opinions and the compromises that had to be made when the new Europe was shaped, was always a guiding principle. Historians have been able, however, from

¹⁹ Koschaker 1947. Pierre Pescatore, former judge of the Court, had been an assistant to Koschaker in Tübingen where, in the early 1940s, Roman law was still studied even in the unaccepting atmosphere around Roman law created by the Nazi-Regime, see Wilson 2008, pp. 52, 97.

²⁰ Stein 1981, p. 1.

²¹ There is still the Court of Justice of the European Free Trade Association (EFTA) which exercises competences similar to those of the Court of Justice of the European Union with regard to the surveillance procedure of EFTA states and appeals concerning decisions taken by the EFTA authorities. Both courts based on the principle of homogeneity are aware of the need to ensure a uniform interpretation of those rules of the European Economic Area (EEA) and EU Treaties that are identical. This goes especially for the EFTA Court when interpreting fundamental freedoms and principles in the EEA Treaty. On the other hand, it is disputed to what extent the EU Courts should have regard to the EFTA Court case law. See Fenger 2005, pp. 73–74.

²² Valentine 1965, p. 2 as compared to Grilli 2009 and now Boerger-De Schmedt 2012.

available material to reconstruct *grosso modo* the basics of the founding history of the Court and its formative years. Such knowledge is a welcome companion for the understanding of the revolutionary transformations that have taken place within the 60 years of the Court's existence.

2.1 *The Treaty of Paris*

The Court of Justice of the European Union is a continuation on a considerably wider scale of the Court established by the Treaty of Paris (1951) as part of the first supranational organisation, the European Coal and Steel Community. “The child is father of the man”, Wordsworth tells us.²³ If we apply those words to the relationship between the child court of the years 1952–1958 and the court that, shortly after the Treaties of Rome (1957) (which established the EEC and Euratom), entered the scene with a new strong personality, we may seriously ask whether the potential of the adult court really was visible from the activities of the child court. A critical mind might even ask whether the Court of Justice can be considered as just a continuity of the ECSC court, or whether it should rather be seen as a novel institution of its own. The fact that most of the judges and Advocate Generals continued to exercise their functions in the same geographical place does not necessarily establish an identity between the institutions. Again, we shall turn to the fundamental vision of Europe to acknowledge the continuity that links the Coal and Steel Community to the European Community as the start, on a smaller scale, of what finally became the European Union. What is remarkable is that the Court was able to avoid the temptation of looking back or getting stuck in routine but managed to define for itself a much more central role than could have been expected from its earlier history.

A step-by-step investigation into the early history of the Court will find that a court rather than an arbitral institution was accepted only hesitantly. In Jean Monnet's first draft of the so-called Schuman Plan, only a weak ad hoc appeal system was envisaged for the decisions made by the central executive institution of the ECSC, the High Authority. On the other hand, the German delegation headed by Walter Hallstein and his legal advisor Carl F. Ophüls were in favour of a permanent court of justice.²⁴ A committee led by Jean Monnet's legal counsellor Paul Reuter²⁵ set up a memorandum in August 1950 on the institutional questions which referred to a permanent court of justice to balance the High Authority as a strong executive body. This proposal was especially supported by Germany and the Benelux countries.

²³ From the poem “My Heart leaps up”, 1802.

²⁴ Boerger-De Smedt 2008, p. 7 and 2012. Rasmussen 2010a, b, p. 641 mentions how the German delegation during negotiations in 1950–1951 had wanted a European Supreme Court comparable to the American Supreme Court, p. 639 quoting correspondence from 1957 between Michel Gaudet, from the legal service of the ECSC, and the American lawyer Donald Swatland on the question as to why the Court had not been successful in establishing a federal interpretation of the Treaty of Paris.

²⁵ About him Wilson 2008, p. 35.

The right to bring an action against the High Authority was seen as an important legal guarantee against arbitrary decision-making and as such it eventually became a decisive part of the Treaty. It was a wish from the Benelux countries that the court could determine questions both of legality and of discretion (*opportunité*), and that only member states, but not individuals, should have access to it. The Germans however wanted a court more similar to a constitutional court and as such accessible to private enterprises, with jurisdiction to hear cases relating to conflicts between the Community's organs and with the monopoly of interpreting the treaty. Seen from the French side, the question of the court determining more than the legality of decisions or even the right for private litigants to sue in the court was a step too far. Especially Monnet was restrictive, whereas Reuter had been more open to the German ideas. In a later phase Monnet was assisted by Maurice Lagrange²⁶ who in the autumn of 1950 replaced Reuter and helped Monnet to keep the plans for the court on a level well known from French administrative law.

Lagrange thus came to play a central role in the way the Court was constructed on the institutional model of the French *Conseil d'État*. From the French system stemmed also the office of Advocate General as an independent legal advisor to the judges of the Court.²⁷ The decision to create such a central legal position within the Court proved to be of the utmost importance for the later development of a European law based on the judgments of the Court of Justice. The opinions of the Advocate General have been most useful both as guidelines for the Court itself and as information on legal questions for national courts. The final result of the deliberations as they were laid down in the Treaty of Paris was a court based on the French model, but with some openness to the German wishes, such as for the right, though limited, for natural and legal persons to have recourse to the Court. Even if in the end the result was more French than German a large step had still been taken away from the initial French proposal.

During further discussions on July 24–25, 1952 it was planned that the Court should begin its activities in August 1952, but this date was later postponed to December. As a preliminary agreement that in the end became permanent, it was decided that the Court should start its work in Luxembourg. Robert Schuman remembers how it was “at six o'clock in the morning owing to general exhaustion that an outsider won this Derby – Luxembourg”.²⁸ As to the language of the future court the decision was to use the language of the plaintiff. The four official languages were French, Italian, German and Dutch that were considered equal.²⁹ The ECSC Treaty was drawn up in a single original, in the French language, and French was from the beginning and still is the working language of the Court in its internal deliberations.

²⁶ Wilson 2008, p. 47.

²⁷ Lagrange 1979. Maurice Lagrange (1900–1986) who had been a member of the French *Conseil d'Etat* and was considered “the father of the Advocate-General” of the ECSC Court was appointed as the first French Advocate General and continued as such until 1964. On his importance for the Court, see Burrows 2007, pp. 57–89, Greaves 2003/04.

²⁸ Valentine 1965, p. 2.

²⁹ See Rules of Procedure of March 4, 1953. The basic principle was to conduct the case in one language with some flexibility.

A most important question also debated at the last moment was whether dissenting opinions of the judges should be published. In favour of publishing a dissenting opinion was the fact that a legal theory could in that way be more openly developed. On the other hand, both the authority of the Court and the independence of the judges were considered better protected if dissenting opinions were kept secret. That the opinions of the Advocate Generals should be published was not challenged and on that basis it was decided that dissenting opinions could be kept secret without too much detriment to the understanding of the legal issues at stake as the opinion of the Advocate General offered a legal point of view that could be contrasted with that of the Court.

On December 1, 1952 the composition of the first court was also decided and took effect from December 4.³⁰ The president was to be an Italian, the Netherlands appointed two judges in order to make an uneven number and both France and Germany appointed an Advocate General. In this way parity was achieved between the two biggest member states, which was not written down in the Treaty but conceived as an unwritten fundamental principle.

The first meeting of the Court took place in the Villa Vauban on December 10, 1952 with speeches by the President of the Court, Massimo Pilotti, and Jean Monnet who used words that may seem exaggerated as to the “European” anchoring of the court and somewhat astonishing considering his own position about the Court, but which proved to be almost prophetic as to the later history of the Court:

For the first time there has been created a sovereign European Court. I foresee in it also a Supreme Federal European Court.³¹

The cases to be heard by the Court were necessarily of a technical nature that did not attract too much attention from the outside world. The first case brought before the Court in April 1953 concerned the decision by the High Authority on certain concessions given to German railways, electricity and gas companies.³² The judges got what may be considered a rather relaxed start as the

³⁰ The first president from 1952 to 1958 was the president of the Italian Court of Cassation Massimo Pilotti (1879–1962). One of the two Dutch members was Petrus Serrarens (1888–1963), a former Secretary General of the World Confederation of Labour. The German Otto Riese (1894–1977) had been professor at the University of Lausanne and vice-president of the German Constitutional Court. He continued as judge until 1963. Louis Delvaux (1895–1976) was a Belgian lawyer, journalist and politician, who served as a judge until 1967. The French Jacques Rueff (1896–1978) was a professor of economics, member of the French Academy. He continued as judge until 1962. Charles Léon Hammes (1898–1967) from Luxembourg was a judge and professor in Brussels. He continued as judge of the Court till 1967, in the period between 1964 and 1967 as President of the Court. The second Dutch member Adrianus van Kleffens (1899–1973) was a high civil servant. He was a judge of the ECSC Court in 1952–1958. The first Advocate Generals were Maurice Lagrange and the German Karl Roemer (1899–1984) who was a lawyer and economist. He was Advocate General in 1953–1973 and played an important role in the development of the Court.

³¹ *Chronique de politique Etrangère*, Jan. 1953, quoted by Valentine 1965 l.c.

³² *Union des Armateurs Allemands and others v. The High Authority* Valentine 1954.

case was withdrawn, and it was not until December 1954 that a judgment was given in the first of three other cases brought before the Court in 1953. None of these initial cases became as famous as later cases in the history of the European Court of Justice, but it is still worth noting that the Court already at that time used such expressions as the “Charter of the Community” and “constitutionality”³³ that in later practice came to have a specific significance.

2.2 *The Treaties of Rome*

The negotiations that led to the Treaties of Rome (1957) did not carry with them a radical change in the position of the Court of the ECSC in the new communities. In November 1956 the French accepted that the two new communities should adopt the existing Court of the ECSC. Still, nothing pointed at that time towards anything like the “government by judges” feared by Jean Monnet. The Court should act as an arbiter between the EU’s institutions with the right to annul the latter’s legal acts if they act outside their powers. National courts, according to the EC Treaty, should apply European law on a national level and Article 173 limited access for private individuals to claim annulment of European decisions and legislation.³⁴

What was not at that time to be foreseen was the importance of a suggestion put forward by Nicola Catalano, later a judge of the Court. According to his proposal inspired by Italian law, national courts should submit questions of interpretation of Community law to the Court which thus had the task of securing uniformity. The possibility of a preliminary ruling as it was laid down in Article 177 of the EC Treaty proved to be the Court’s most important tool for the development of Community law.³⁵ The effectiveness of the system obviously depended on the collaboration of the national courts. Their confidence and willingness to submit questions of European Community law to the Luxembourg Court were crucial for

³³ See Rasmussen 2008 and 2010b, p. 640 on case 8/1955.

³⁴ Rasmussen, 2010b, p. 642. See Paris Treaty Article 33, cf Rome Treaty Article 173. Rules in case of infringement were found in Articles 169–171 without Article 177 being seen in this light. Also the new Article 189 on binding and directly applicable legal acts became an important tool in the court’s development of future European law.

³⁵ See about the deliberations leading to Article 177 EC Treaty, Boerger-De Smedt 2012. Article 41 of the ECSC Treaty provided for a preliminary reference procedure concerning questions on the validity of acts of the High Authority. The idea of preliminary rulings on questions of law stemmed from Italian constitutional law, and Nicola Catalano, later a judge of the Court, was honoured for this contribution to the jurisdiction of the Court by Lord Mackenzie-Stuart in his address in commemoration of Nicola Catalano, Court’s formal sitting of October 18th 1984: “Fortified by the experience of the Constitutional Court of Italy, Mr Catalano made the suggestion that ... references should be extended to questions of interpretation. Was he able to foresee at the time the exceptional judicial evolution which would be made possible on that basis? At all events we can only recognize that, without that procedure, the greatest judgments of our Court would never have seen the light of day”.

the influence of the Court of Justice. In this way cases brought before the Court made it possible, as early as the first half of the 1960s, to establish the fundamental principles of direct effect and supremacy of European Community law.

The position of the Court in the Treaties of Rome was the result of a compromise that did not itself pave the way for a new constitutional court. But sensing the spirit of the Treaties and using the tools given in those articles proved to be a sufficiently effective way forward for judges who possessed the will to create a European Court based, in the words of Pierre Pescatore, on “*une certaine idée de l’Europe.*”³⁶

2.3 *The New Judicial Architecture*

An important change in the judicial architecture of the Court was the creation in 1989 of the Court of First Instance (CFI) as part of the Court of Justice of the European Union, the name the Court now uses for itself as an institution. Since 2009 the CFI has been known as the General Court.³⁷ A third Court was added, the new European Union Civil Service Tribunal, which began its activities in October 2005 and gave its first judgment on April 26, 2006. The judicial architecture of the Court has thus changed considerably in the last two decades as well as the procedure of the Court and the diversity of cases brought before it.

The General Court was established in order to lighten the case load of the Court of Justice. It has jurisdiction in competition cases and cases of intellectual property. Since 1989, in accordance with the 1989 Single European Act, the General Court (former Court of First Instance) has heard and determined at first instance, subject to appeal to the Court of Justice, direct actions brought by individuals.

The 1990s saw the first female judge in the Court of Justice when Fidelma O’Kelly Macken was appointed as Irish judge in 1999. The first female Advocate General was Simone Rozès back in 1981–1984. In 2000 a German female judge and an Austrian Advocate General were appointed. As regards the Court of First Instance, both Sweden and Finland appointed women as judges in 1995. Although the number of female judges has increased, male judges are still dominant as in most national supreme courts.³⁸

³⁶ Pescatore 1983, p. 157.

³⁷ Lenaerts 2000. No permanent Advocate Generals are attached to the General Court which is divided into eight chambers of three or five judges. The Presidents of chambers assign a Judge-Rapporteur from amongst the judges in the chamber, whose clerks draft a preliminary report. The General Court in principle hears and determines at first instance all direct actions brought by individuals and the Member States, with the exception of those to be assigned to a ‘judicial panel’ and those reserved for the Court of Justice. Today also the Court of Justice may decide in certain cases not to have the opinion of an Advocate General.

³⁸ At the moment (2012) there are four female judges at the Court (Spain, Romania, Austria and Netherlands) and three female Advocate Generals (Germany, Slovenia, United Kingdom). The General Court counts seven women judges (Portugal, Malta, Poland, Czech Republic, Estonia, Latvia and Bulgaria).

A pivotal year in the history of the European Court of Justice was 2004 when, after the enlargement of the EU, 20 new judges were appointed at the two EU Courts. In 2008 a more expeditious procedure was introduced for cases within the area of freedom, security and justice. This area gave rise to new categories of cases. The Treaty of Lisbon entered into force in 2009 and resulted in a series of major changes also for the judiciary. From then on the EC was replaced by a new legal person, the European Union. The three-pillar system disappeared and the Court since then has had general jurisdiction to give preliminary rulings also in the area of freedom, security and justice. With certain exceptions and after a transitional period,³⁹ any national court can request a ruling within the field of police and judicial cooperation. Such cases referring to different “policies” are already playing a role in the work of the Court. In addition, since 2009 the Charter of Fundamental Rights of the European Union has been recognised as a legally binding instrument with the same status as the Treaties. Within the Court the conditions for individuals to bring an action have also been eased.⁴⁰

The number of judges has increased with the number of member states. However, the latest expansion of the number of member states does not seem yet to have led to a corresponding swelling of the number of cases⁴¹ even though there has been a steady growth in the number of cases, the record being 2011 with 1,518 completed cases, 618 of which were decided by the Court of Justice. At the same time, the number of preliminary references has increased especially from Bulgaria and Romania but still none of the new member states can compete on the number of such cases with the old member states such as Italy, Germany, Belgium and the Netherlands. From the original court of seven judges the Court of Justice has grown to 27 judges as the principle was kept in the Treaty of Nice that each state has the right to appoint one member of both the Court of Justice and the General Court. The increasing number of judges raises problems of language, background and legal *habitus* which are inherent in such an institution. The Court, however, is discreet. We can only guess that it may be more difficult to deliberate, to agree and to handle an increasing case load in a Court of 27 than it was in a Court of 7, 11 or 15. The number of cases handled by the grand chamber had increased to about 14 % of all cases in 2010 from approximately 8 % in 2009; 58 % of the cases were heard in chambers of five judges and only 27 % in chambers of three.

Even in a time of major changes some elements of the Court's life have remained untouched. A figure in the history of the Court which has continued to play a significant role is the Advocates General even if the Court today may decide certain cases without requesting an opinion from an Advocate General. Maurice Lagrange and Karl Roemer laid a solid foundation for the position of the Advocate

³⁹ See Articles 275 and 276 TFEU and Protocol no. 36 on Transitional Provisions.

⁴⁰ The European Union is even currently in the process of acceding to the European Convention on Human Rights. A point of discussion is to ensure that the Court of Justice will decide first on questions that fall within its field.

⁴¹ Bell 2010 *passim*.

General. From a later period there is great respect for Francis Jacobs, who served the Court for 18 years (1988–2006) and made himself especially known for his proud words about the holder of European citizenship, saying that ‘he is entitled to say “civis europeus sum”, and to invoke that status in order to oppose any violation of his fundamental rights.’⁴² Another former Advocate General Miguel Poiares Maduro (2003–2009), both before and after holding office, published several important studies of the Court.⁴³ The Court of Justice today is assisted by eight Advocate Generals.⁴⁴

The Court of Justice today has around 2000 employees, half of who however work in the translation and interpretation units. Each judge has a small number of *référéndaires*. The role of these employees who are often deeply involved in the preparation of each case may well be substantial. Many former *référéndaires* have later pursued academic careers and through their experiences in the Court contributed to the scholarly discussion on the work of the Court.

A significant sign of continuity in a changing judicial world is that French, which was always the lingua franca used by the Court in its deliberations, still is. Even if the importance of French internationally may be declining, French is still, the working language of the much larger Court, and lawyers will still have to consult the French version of a judgment if they want to come the closest to the original text. The language question is still one of great importance for the work of the Court. Today there are 22 (23) official languages of the Court, but the interaction between the different language versions is far from clear.⁴⁵

3 The Transformation

The history of how the Court of Justice has changed over the years may be divided into different periods. One way of doing it is to stress the importance of certain judgments from the beginning of the 1960s, and the structural changes around 1989 and after new treaties as turning points. With a division into three periods, the first period may be said to stretch from the founding of the Court in 1952 until the landmark decisions of the 1960s. The second period runs from that time until the end of the 1980s when a time of rethinking the structure of the Court began,

⁴² See for his biography Moser and Sawyer 2008. Jacobs wrote more than 450 opinions in a variety of cases. The quotation is from the case C-168/91 *Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig-Standesamt* decided in 1993.

⁴³ See e.g. Maduro 1998 and Maduro and Azoulai 2010.

⁴⁴ Five of the eight Advocate Generals are nominated by the five big member states of the European Union: Germany, France, the United Kingdom, Italy and Spain. The other three positions rotate in alphabetical order between the 22 smaller member states. The Court can sit in a plenary session of 27 judges, as a grand chamber of 13 judges, or in chambers of 3 or 5 judges. Plenary sittings are now very rare, and the Court mostly sits in chambers of three or five judges.

⁴⁵ See Bengoetxea 2011, Derlén 2009.

followed by new treaties—Single European Act (1986), Treaties of Maastricht (1992), Amsterdam (1997), Nice (2001) and Lisbon (2007).⁴⁶

3.1 *The Tables of the Law*

In the Hall of Fame of the Court of Justice first place must be given to the case of *Van Gend en Loos*⁴⁷ decided in 1963 and honoured as “The Foundation of a Community of Law”.⁴⁸ It was this case that ushered in a “new order of international law” and it was to this case that the President of the Court referred when he, in 2002, summarized the influence of the Court on the occasion of its 50 years’ anniversary. “We recognize”, he said, “how by its judgments the community judiciary has over the years brought to light the fundamental principles which were implicit in the wording and the structure of the founding treaties and by giving judicial expression to those principles has defined the characteristic features of the community legal order.”⁴⁹

These words are a precise description of how the Court in 1963 on the basis of Article 12 of the EEC Treaty argued that the Treaty and norms issued according to that treaty have immediate and direct effect within the different national legal orders.

The Court based its decision on “the objective of the EEC Treaty”, it referred to “the preamble” and underlined how the Treaty referred to the “peoples” and “citizens” and also took Article 177 itself as an indication that the “states have acknowledged that Community law has an authority which can be invoked by their nationals”. Thus in a fundamental phrase the Court stated that “the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only the member states but also their nationals”. The judgment also included a reference to the Community law conferring “rights which become their legal heritage” and it was stressed that such rights arise also when they are “not expressly granted by the Treaty”. The image bestowed on the reader of this text is of the Court that has found in documents, until then not sufficiently understood, what was the real meaning and which now sees it as its first task to have this truth written down as general principles on which the new law can be built. The language of the judgment is solemn and spoken

⁴⁶ Bengoetxea 1993 dates a change in the role of the Court to 1986 when the period of “moderation or minimalism” begins. According to Arnulf 2006, p. 639, the first phase started in 1958 until the early 1980s with a prominent place for the Court; the second phase with some decline from the early 1980s to 1992, the third period from that time until 2003 characterized by the case-law on the European Union citizen and the suggestion that the Treaty of Nice (2001) marks a new fourth phase.

⁴⁷ Case 26/62 *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963).

⁴⁸ Mayer 2010, p. 16.

⁴⁹ President Carlos Rodríguez Iglesias in the Annual Report 2002. These words could well be seen as an answer to what Mrs. Thatcher said of the Court in the House of Lords in 1993, that it has “greatly extended the powers of the centralised institutions against the nation state” and that it is “busy reinterpreting so many things to give itself and the Community more power at our expense”, see Arnulf 2006, p. 3.

with an authority that comes close to the biblical legislator we meet in the Torah. As Moses received the tables of the Law on Mount Sinai so the judges of Mount Kirchberg told the “peoples” of Europe that the era of a new legal order had begun after the discovery of what was actually meant by the Treaties of Rome.

The reference in the text to “peoples” or to “legal heritage” is of course not lost on historians of law or others familiar with the German Historical School of the early nineteenth century that explicitly built on the idea of what came to be known as the “*Volksggeist*”, according to which law is a living law among people which is found and interpreted on a more developed level by lawyers. However, the difference that should not be overlooked is that F.C. von Savigny and his school looked back to Roman law and Roman lawyers who were then seen as the “oracles of the law” whereas the judges of the Court of Justice reserve this place for themselves.

The case of *Van Gend en Loos* is the first decision of the Court of Justice which is today recorded among the “famous trials” in history, those we consider as “classic” decisions, the knowledge of which is part of something we may define as a legal “*Allgemeinbildung*” or common knowledge in the community of lawyers. This case, together with one or two others, are today listed on the European lawyer’s canon and their notoriety among lawyers has given them a status which can probably best be compared in literature to Shakespeare’s best dramas or to the “Eroica”, the 5th and the 9th symphonies of Beethoven when it comes to music. The case of *Van Gend en Loos*, from which come the words quoted above, as well as the *Costa v. ENEL* case (1964) mark the transformation of the Court of Justice from just an institution within the EEC into something new and dynamic with a clear understanding of its particular role.⁵⁰

In the rather technical and in itself unspectacular case of *Van Gend en Loos*, a Dutch transport firm brought a complaint against Dutch customs for increasing the duty on a product imported from Germany. How it really happened that the Court in this case took the opportunity to formulate the basic principle of direct effect is the subject of conjecture.⁵¹ The legal service of the Commission headed by the French lawyer Michel Gaudet was strongly in favour of such a decision and had in fact been active in promoting it since the mid 1950s⁵² and recent changes in the Dutch Constitution also paved the way.⁵³ A decisive part of the story is that two

⁵⁰ See e.g. Waele 2010: “two pristine heralds of a court treading higher ground leaving behind traditional conceptions of what international courts do and are capable of”.

⁵¹ Rasmussen 2010b and 2012b.

⁵² Rasmussen 2010b.

⁵³ See Leeuwen 2012.

new judges had entered the Court in 1962, the French Robert Lecourt⁵⁴ and the Italian Alberto Trabucchi, and both were in favour of the Court taking such a step. Among the other judges we may deduce from other sources that Hammes and Donner were both against as were Advocate General Roemer and the governments of Germany, Belgium and Netherlands. A qualified guess based on oral testimony is that Lecourt and Trabucchi were followed by the Italian Rossi and the Belgian Delvaux thus making a narrow majority.⁵⁵

3.2 Other Early Landmark Cases

Van Gend en Loos, universally celebrated as perhaps the most important case of the Court,⁵⁶ was followed in 1964 by the *Costa v. ENEL* case which corroborated this “new legal order” stating that this direct effect could not be limited by the member states. In the *Costa v. ENEL* case the Court ruled that member states had definitively transferred their sovereign rights to the Community and Community law could not be overridden by domestic law. The judgment has been seen as the completion of a revolution.⁵⁷

The two landmark decisions made at the time of the “Six” became part of a legal tradition of the Court that new member states could not ignore and they were subjected to scholarly scrutiny of an intensity almost never seen before. The third

⁵⁴ Robert Lecourt, former French Minister of Justice, a friend of Jean Monnet and known for his European engagement served on the Court from 1962 to 1976 after the first French judge Jacques Rueff. It might not be a coincidence that the important cases of *Van Gend en Loos* and *Costa v. ENEL* were decided shortly after his arrival at the Court. A close reading of his book “*L’Europe des juges*”, Lecourt 1976 also gives good hints as to his opinion on the role of the Court as an active player in the Community. Another high-profile judge was Pierre Pescatore from Luxembourg, a scholar and a civil servant in the foreign service of his country, who served on the Court from 1967 to 1985 and thus was one of those who ensured that the train did not stop once it had started. His memories from the Court and knowledge of its tradition have been a source for historians.

⁵⁵ See now Rasmussen 2012a, b. The position of the German judge Otto Riese is supposed to coincide with that of the German Advocate General and his government.

⁵⁶ Craig and de Búrca 2011, p. 183, that the Court articulated its doctrine of direct effect in 1963 “in what is probably the most famous of its rulings.” Or in the words of G.F. Mancini: “But if the European Community still exists 50 or 100 years from now, historians will look back on Van Gend en Loos as the unique judicial contribution to the making of Europe”, see Mancini and Keeling 1994, p. 183. Or Vauchez 2010: “Among Europe’s foundational myths, *Van Gend en Loos* and *Costa v. ENEL* ... can easily claim a very special position”.

⁵⁷ See Rasmussen 2010a: “With the *Costa v ENEL* in 1964 the Court of Justice completed what can only be termed a revolution in European law”. Later he talks of “the history of the European legal revolution...” He also argues that the Court by its judgments in 1963 and 1964 made an “ideological push for federalising the EC”. He stresses the importance of the decision in the Italian *Costa v. ENEL* case of the Italian Constitutional Court and mentions how the director of the legal service Michel Gaudet tried to convince the Italian Constitutional Court to change its standpoint in the Italian *Costa v ENEL* case.

founding case of “the new legal order”, the *Internationale Handelsgesellschaft*⁵⁸ in 1970, has been seen as a necessary consequence of the two former cases, a case “typical of a period when, after the autonomous, supranational framework of Community law had been established, it had to be endowed with the principles inherent in the rule of law.”⁵⁹ The case was about the forfeiture of a deposit lodged in connection with the issue of export licenses for maize meal. According to German law the deposit was lost if exportation did not take place as required. This effect was considered by the plaintiff as a violation of his right of action and economic liberty. The case “occupies a distinct position”⁶⁰ or marked the “rights of passage” as the Court in 1970 declared that “respect for fundamental rights forms an integral part of the general principles of law” protected by the Court of Justice. This decisive step in the constitutionalization of the Rome Treaties⁶¹ was taken by the Court at a moment when fundamental rights protection and the general legal “atmosphere” surrounding such rights in the member states were different from today.

In the later case of *Nold* (1974)⁶² the Court stated that it was “bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the member states, and it cannot therefore uphold measures which are incompatible with fundamental rights recognized and protected by the Constitutions of those States.” An autonomous system of protection of fundamental rights was gradually built up by the Court based on the constitutional principles of the member states and international conventions. After direct effect and supremacy had been established, the “constitutionalization of fundamental rights” was the completion of the constitutional arch initiated in 1963. In both fundamental cases, *Internationale Handelsgesellschaft* and *Nold*, the Court, however, stated that there was no violation of a fundamental right as there was no question of a disproportionate burden.

3.3 *The Court in the Late 1970s and 1980s*

The history of the Court after 1973 is the history of a Court which came to include judges from Denmark, Ireland and UK with legal backgrounds which were different from those of the sitting judges. It is to some the history of a still all-male Court⁶³ deciding basically on economic issues or a Court that followed on a less

⁵⁸ Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (1970).

⁵⁹ Cunha Rodrigues 2010, p. 93.

⁶⁰ Tridimas 2010, p. 98.

⁶¹ Since 1974/75, the Court refers explicitly to the ECtHR and since 1989 the ECtHR has a “particular significance”. From 1990 the Court cites decisions from the European Court of Human Rights.

⁶² Case 4/73 *J Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung v the Commision* (1974).

⁶³ Cp. Jo Shaw 2001, p. 116.

spectacular scale a line once laid down, and it is also the history of a Court that politically under the presidency of Robert Lecourt (1967–1976) and Hans Kutscher (1976–1980) and with Pierre Pescatore as a very active member of the Court stuck firmly to a line of furthering the Community.

It has been noted as a contrast to the style of the Court in the 1960s that “in the course of the seventies the Court of Justice seems to have become increasingly cautious about laying down general principles and has concentrated to a greater extent on the problem to be solved in the individual case.”⁶⁴ You may however argue that some important principles or formulae of lasting importance were actually forged at that time as a consequence of the leading decisions from the beginning of the 1960s. A few examples of more well-known judgments from the late 1970s and 1980s can in no way paint a full picture of or do justice to the activities of the Court but they may still be representative of the ongoing work of the Court.

A case about importation of scotch whisky from Belgium to France led to the pronouncement of the so-called Dassonville formula,⁶⁵ the importance of which has made the case at issue one of the candidates for the Court’s “Hall of Fame”⁶⁶:

All trading rules enacted by member states which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.⁶⁷

The case(s) of the Belgian stewardess, Mrs. Defrenne, again show(s) the importance of the preliminary rulings system and how individuals who fight for their rights have also been instrumental in the development of Community law. In this case, the Court recognised the direct effect of Article 119 of the Treaty of Rome on equal pay.⁶⁸ Her case may be seen as a late illustration of what the German scholar Rudolph Jhering said in a famous lecture in 1872 in which he highlighted the decisive role for the upholding of law and justice played by the individual who did not accept injustice or compromise but defended his rights in Court.⁶⁹

⁶⁴ Schepel and Blankenburg 2001, p. 38.

⁶⁵ Case 8/74 *Procureur du Roi v Benoît et Gustave Dassonville* (1974). The Dassonville formula was later restricted in Joined Cases C-267/91 and C-268/91 *Keck and Mithouard* (1993). See now Article 36 TFEU that exempts quantitative restrictions which are justified on grounds of “public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property”. The restrictions must not, in any case, “constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States”.

⁶⁶ Rosas 2010, p. 435.

⁶⁷ Case 8/74 *Procureur du Roi v Benoît et Gustave Dassonville* (1974) based on Article 28 of the EC Treaty on the so-called MEQRs (measures equal to quantitative restrictions).

⁶⁸ Case 43/75 *Defrenne v Sabena* (1976). Another woman whose name had been linked to a famous judgment from this period on the free movement of persons is a Mrs. Van Duyn who opposed the British immigration authorities who denied her entry permit because of her affiliation to the Scientology movement, a decision that was seen as an expression of public policy and therefore not infringing Community law, see Case 14/74 *Van Duyn v Home Office* [1974].

⁶⁹ Jhering 1872.

The principle of supremacy even when it comes to national legislation adopted at a later date than the Treaties was clearly expressed in the famous case of *Simmenthal* of 1978.⁷⁰

Any provision of a national legal system and any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legal provisions which might prevent Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements which are the very essence of Community law.

The establishment of the so-called principle of mutual recognition has attracted much attention. The atmosphere evoked in this peculiar case of nice garden parties where chilly drinks are served has added to the attractiveness and fame of the *Rewe* case⁷¹ better known as the *Cassis de Dijon* case, which is often seen as a step further on the way to getting rid of restrictions upon trade than the previous case of *Dassonville* of 1974. The rather down-to-earth question in the case had to do with alcohol percentages and arose because products sold as fruit liqueur according to German law should contain no less than 25 % alcohol by volume. As *Crème de cassis* only contains 15–20 %, the German alcohol authorities (*Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*) did not allow Mr. Rewe to import the Cassis de Dijon into Germany and market it as a fruit liqueur. The Court held that the German legislation represented a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction on imports, and that the law was in breach of Article 30 of the EC Treaty (now Article 34 TFEU):

The concept of measures having an effect equivalent to quantitative restrictions on imports contained in article 30 of the EEC treaty is to be understood to mean that the fixing of a minimum alcohol content for alcoholic beverages intended for human consumption by the legislation of a member state also falls within the prohibition laid down in that provision where the importation of alcoholic beverages lawfully produced and marketed in another member state is concerned.

The *CILFIT* case of 1982 (Case C-283/81) defined and limited the duty for national courts to bring preliminary questions concerning Community law before the Court of Justice and gave instructions as to the way in which EU law should be interpreted (the *CILFIT* exception). It also referred to the language question stating that: “community law is drafted in several languages... the different language versions are all equally authentic. An interpretation of a provision of community law thus involves a comparison of the different language versions.” Another “classic” of this period, the case of “*Les Verts*” (Case C-294/83) of 1986 based on an audacious interpretation of the Treaties included the European Parliament in the constitutional framework and referred to the Treaty as “the basic constitutional charter” of the Community.

The *Wachauf* case of 1991⁷² pronounced an important principle of the protection of fundamental rights based on rather unspectacular facts. The question was

⁷⁰ Case 106/77 *Amministrazione Delle Finanze dello Stato v Simmenthal Spa* (1978).

⁷¹ Case 120/78 *Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung* (1979).

⁷² Case C-5/88 *Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Fortswirtschaft* (1989).

whether Hubert Wachauf as a tenant farmer could be excluded from enjoying the same right as that of an owner who had to be compensated economically when he gave up milk production. The Court stated that "...Community rules which, upon the expiry of the lease, had the effect of depriving the lessee, without compensation, of the fruits of his labor and of his investments in the tenanted holding would be incompatible with the requirements of the protection of fundamental rights in the Community legal order. Those requirements are also binding on the Member States when they implement Community rules."

In the *ERT* case of 1989 concerning a Greek television monopoly, it was stated that national measures within the field of EC law "must be interpreted in the light of the general principles of law and in particular of fundamental rights" and the Court referred expressly to the "freedom of expression, as embodied in Article 10 of the European Convention on Human Rights, as a general principle of law the observance of which is ensured by the Court."⁷³

3.4 An Activist Court?

Most questions addressed by the Court of Justice are unlikely to attract general attention. The Court itself has cultivated an anonymous image and only a few judges have been known to the public. It is therefore understandable that a debate on how the Court functions has been limited to insiders. Whether a Dutch company should pay a certain tax, whether a tenant is entitled to some compensation or even which restrictions can be made upon the import and export of whisky or cherry brandy are not questions of the same general interest as those of choice of school, abortion, death penalty or the right to carry a weapon. Even if we are supposed to accept the Court of Justice as the voice of the European "peoples", we must recognise that many of the questions that the Court has decided are not those which immediately appeal to some basic sense of right or wrong. It is not the facts of the cases but the reasons given and the agenda behind them that have focussed attention on the Court of Justice which therefore, as a rule, does not evoke the same strong emotions as those courts which, like the US Supreme Court, make decisions which immediately affect American citizens.

With the extension of the Community in 1973, the Court not only made an important step towards being a "European" Court, it also started to become an object of discussion. In the 1980s and 1990s the question of "activism" was raised and scholars began to seriously debate, sometimes in a heated tone, whether the Court should be seen as "running wild"⁷⁴ or interpreting the Treaties "contrary to

⁷³ Case C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tileòrassi etc. v Dimotiki Etairia Pliroforissis et al.* (1991).

⁷⁴ Cappeletti (1987) in his review of Rasmussen 1986. Cappeletti distances himself from Rasmussen's fierce criticism of the Court, see Rasmussen 1986. The Danish scholar Hjalte Rasmussen was probably the first who, with a criticism of the Court that, even if to many colleagues it seemed exaggerated and not too well founded, raised a question of legitimacy that since then has been a theme in the debate about the Court, every now and then popping up again.

the natural meaning of words”⁷⁵ or was at least going too far in promoting their concept of Europe, and in the debate the traditional arguments of the limited legitimacy of judges were put forward. This discussion has today partly moved from a scholarly discussion on the legitimacy of some of the Court’s landmark decisions towards a political discussion on the role of the Court in forming a new concept of European citizenship that runs contrary to national interests.⁷⁶ The historian may well be a little puzzled over this debate. The Court of Justice is not a national court that has to find its role in a national constitutional system. It may be that the Court historically has felt a particular obligation to be a motor in a stagnant Community. The Court finds itself in the peculiar situation that it functions within and responds to the European Union in the creation of which it has taken such an active part itself.⁷⁷ Its constant use of earlier decisions as steps forward and only rarely stopping or moving back must be considered in this light, a view that seems generally to have been accepted by scholars and the national courts which form part of the European law system. Scholars often take greater intellectual pleasure in reading and discussing supreme court decisions than just reading the plain text of a directive or another general norm. The discussion of whether the Court of Justice is too “active” or not may well be an academic discussion which has been noted by the Court and can be of some interest to the judges, perhaps even seen as flattering, but whether it has been of any influence upon the work of the Court is a difficult question to answer with any certainty.

3.5 *The Court Since 1989*

Since the 1990s the discussion of the Court and its practice has acquired a social dimension. Human rights play an increasing role and the question is raised also about the social sensitivity of the Court. The Court for a long time has been acknowledged as the economic court of Europe which, since the 1960s, has paved the way for the free movement of persons, goods, services and capital. Today the Union is different from what it was in the time of “the Six”, not only concerning the number of members but

⁷⁵ Hartley 1996, p. 95.

⁷⁶ In Germany, former President Roman Herzog 2008 criticised the Court after the Mangold judgment (C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*), which gave a negative answer to the question whether a statutory provision exempting employees of 52 years of age and older from limitations to the conclusion of fixed-term contracts was compatible with Community law. The Court held that “the principle of non-discrimination on grounds of age must thus be regarded as a general principle of Community law”. Herzog warned that “the ECJ deliberately and systematically ignores fundamental principles of the Western interpretation of law”, that “its decisions are based on sloppy argumentation”, that “it ignores the will of the legislator, or even turns it into its opposite, and invents legal principles serving as grounds for later judgments.

⁷⁷ For the debate on the activism of the Court, see for the time until 2002 the references by Douglas-Scott 2002, p. 210 and now Waele 2010, worried that the Court “does not manage to curb its enthusiasm for promoting further integration a little more.”

also as to the function of the Union which includes more areas than the creation of a common market and seems to give more importance to the position of the individual as a citizen of the Union. This role is a challenge to the Court which sometimes is seen as living its own life far from and above social realities, conflicts and necessities which are reflected in the politics of the member states. It is too early to say which cases in the long run will be seen as decisive. Here, only a selection will be presented in order to give an impression of the range of matters treated by the Court today.

The responsibility for the member states to implement Community law has been a concern both for the Commission and the Court. The 1990s opened with a very outspoken statement in 1991 in the case of *Francovich* as to the right for citizens to be compensated by their respective member state if the state has not complied with Community law: “Rarely has the Court been called upon to decide a case in which the adverse consequences for the individuals concerned of failure to implement a directive were as shocking as in the case now before us.”⁷⁸

A popular decision especially among football enthusiasts was given in the *Bosman* case (C-413/93) of 1995 where the Court applied the Treaty rules on free movement of workers to professional football players with the effect that clubs cannot ask for money when a football player at the end of his contract changes from one club to another.

The many decisions of the Court in the last decade lie in some way outside the scope of the historian. However, it is important to note the important changes in the case load and the diversity in the cases brought before the Court. New fields are covered and the Court seems still to move fast. A look in the Annual Reports and at the list of subjects put before the Court show how the Court decides, among others, questions of constitutionality and fundamental rights, access to justice, European citizenship,⁷⁹ free movement of goods, persons, services and capital, consumer protection, competition, state aid, taxes, trademarks, social policy including equal treatment, age discrimination etc., asylum and visas, judicial cooperation in civil matters and private international law, including child custody, police and judicial cooperation, European Arrest

⁷⁸ Quotation from the Opinion of the Advocate General in Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich and Bonifaci v Republic of Italy* (1991).

⁷⁹ After the entry into force of the Treaty of Maastricht in 1993 cases of European citizenship have played an increasing role in the Court’s practice and have been a constantly developing field. The leading cases of *Martinez Sala* (C-85/96) of 1998 and the case of *Baumbast* (C-413/99) of 2002 on the right to reside in a member state have been followed in the case of *Carpenter* (C-60/00) of 2002 that included the principles of respect for family and private life as guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights in its analysis of the rights of Union citizens. It established a corollary right for the mother to reside in a member state with a minor child in the case of *Zhu and Chen* (C-200/02) decided in 2004. It ruled on the basis of Article 18 EC Treaty (now Article 21 TFEU) that, as an EU citizen, a child, Catherine Zhu, has an inalienable right to reside and that this right’s “*effet utile*” implied also the right for her mother to reside in the same member state. Another example of how the Court protects citizens is the case of *Grzelczyk* (C-184/99) in which it was stated that excluding a French student in Belgium from social aid would be discrimination based on nationality. These cases have been followed in the case of *Zambrano* (C-34/09) of 2011 and in the recent joined cases of *Ibrahim and Maria Teixeira* (C-310/08 and C- 480/08). The Court decided that a parent caring for a child of a migrant worker who is in education in the host member state has a right of residence in that state, and thus confirmed the rule in the *Baumbast* case.

Warrants and security policy and social aid. Some of these decisions on European citizenship have been considered rather generous in bestowing social rights or rights of residence within the Union on grounds that may look feeble to many or come into conflict with national immigration law and politics. At the same time, however, they fit perfectly into the line of interpretation of the Treaties and other directives and regulations of the Union that was laid down in the 1960s.

The *Metock* case of 2008 (C-127/08) based on Directive 2004/38 drew attention of especially Danish and Irish politicians to the significance of national immigration policies and the Court's practice that granted a person who had illegally entered the Union a right to reside and move freely within the Union. The Court has in later years given judgment in cases that involve both criminal law and civil law especially within the field of consumer protection and contracts in general. Also, other fields of law that have not traditionally been considered as falling within the scope of the Court have been analysed as to their possible effects for the law of the Union. The case of *Garcia Avello* (C-148/02) decided in 2003 by the Court is thus an example of how the Court is willing to go rather far in considering which kinds of measures constitute restrictions on the freedom of movement.⁸⁰

Two cases, the cases of *Laval* and *Viking* (C-341/05 and C-438/05), both decided in 2007, had to do with the question whether collective action can be taken to resist social dumping within the EU. These cases have raised questions as to whether the broader scope of achieving an economic community can come into conflict with rights of collective action, social security and respect for trade unions.

The attention paid to the cases of *Kadi* and *al-Barakat* (joined cases C-402/05 and C-415/05) have to do with the position the Court took in this case to measures originally taken by other international organisations, in this case the UN Security Council. The Court reviewed in the light of fundamental rights the validity of a Community measure, namely the freezing of bank accounts of people placed on the list of terrorist suspects set up by the UN Security Council and consequently put on a similar list made by the EU. The Court held that the fundamental right to be heard must be respected and that Community law was an autonomous legal system that could not be prejudiced by international agreements.

4 The Killy-loo Bird Reversed

Often the law and courts are reproached for lagging behind the general development of society. In 1939 the American professor Rodell⁸¹ used the image of the "killy-loo bird" to illustrate his view of law as being backward and lawyers as

⁸⁰ The Court held that Belgian law on names which did not allow persons with dual nationality to have surnames according to the law of both countries, was not in accordance with Community law.

⁸¹ Rodell 1939.

people who live in the past and who have difficulties in accommodating the law to present realities. The invention of the “killy-loo bird” was his way of illustrating legal conservatism. This bird in his imaginary world always flew backwards and was more interested in where it had been than where it should go.⁸² Such an image may have been representative for the law between the wars but it seems outdated in today’s legal world.

The Court of Justice of the European Union as it has developed over the years is the definitive negation of the “killy-loo bird”. Its critics may even say that it looks back too little. The Court seems to use its older decisions as a springboard in a continuous move forwards leaving the latest decision behind when a new jump is made. The Court is today also a historical object and a very challenging one. It is a demanding exercise for national judges to just follow its practice and find out when to ask for its interpretation or when to be sure as to what European law is. Much can be said and is said in its praise as a *laudatio* or as a criticism of its leaving the member states of the Union and their “peoples” behind in its making of the new legal order. But it should not be said that mapping the Court and its decisions is boring or not sufficiently intellectually stimulating. The existence of the Court is a challenge to the modern lawyer as it is to the historian or the legal historian who tries to keep track of the Court. In this way the Court may be somewhat like a bird. The moves can be difficult to follow. Whenever you try to grasp or catch it, it is not there anymore. Whether it has moved too high up in the air or just out of reach is a question of taste. That the catching is a good exercise and worth trying is beyond question.

References

- Alter KJ (2001) Establishing the supremacy of European law: the making of an international rule of law in Europe. Oxford University Press, Oxford
- Arnulf A (2006) The European Union and its Court of Justice. Oxford University Press, Oxford
- Baquero Cruz J (2010) An area of darkness: three conceptions of the relationship between the European Union law and state constitutional law. In: Walker et al. (ed) Europe’s constitutional mosaic. Oxford University Press, Oxford, pp 49–75
- Bell J (2010) The role of European judges in an era of uncertainty. In: Birkinshaw PJ, Varney M (eds) The European Union legal order after Lisbon. Kluwer, The Hague, pp 277–289
- Bengoetxea J (1993) The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence. Clarendon Press, Oxford
- Bengoetxea J (2011) Multilingual and multicultural reasoning: the European Court of Justice. In: Kjør A, Adamo S (eds) Linguistic diversity and European democracy, Ashgate, pp 197–122
- Berman H (1983) Law and revolution. The formation of western legal tradition, Harvard UP, Cambridge

⁸² “The law is the killy-loo bird of the sciences. The killy-loo, of course, was the bird that insisted on flying backward because it did not care where it was going but was mightily interested in where it had been”. Rodell 1939, Chap. II.

- Boerger-De Smedt A (2008) La Cour de Justice dans les négociations du traité de Paris instituant le CECA. *J Eur Integr Hist* 14:7–34
- Boerger-De Smedt A (2012) Negotiating the foundations of European law, 1950–1957: the legal history of the treaties of Paris and Rome. *Contemp Eur Hist* 21(3):339–356
- Burrows N (2007) The first Advocate General, Maurice Lagrange. In: Burrows N (ed) *The Advocate General and EC Law*. Oxford University Press, Oxford, pp 59–89
- Cohen A, Vauchez A (2011) The social construction of law: the Court of Justice and its legal revolution revisited. *Ann Rev Law Soc Sci* 7:417–431. Volume publication date Dec 2011. First published online as a Review in Advance on 13 Sept 2011. doi:[10.1146/annurev-lawsocsci-102510-105503](https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102510-105503)
- Craig P, de Búrca G (2011) *EU law: text, cases and materials*, 5th edn. Oxford University Press, Oxford
- Cunha Rodrigues JN (2010) The incorporation of fundamental rights in the community legal order In: Maduro MP, Azoulaï L (eds) *The past and the future of EU law*. Hart Publishing, Oxford, pp 89–97
- Davis B (2012) Pushing back: what happens when member states resist the European court of justice? A multi-modal approach to the history of European law. *Contemp Eur Hist* 21(3):417–419
- Derlén M (2009) *Multilingual interpretation of European Union law*. Kluwer, Alphen aan den Rijn
- Douglas-Scott S (2002) *Constitutional law of the European Union*. Pearson, Edinburgh
- Draetta U (2009) *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte Istituzionale*, 5th edn. Giuffrè, Milano
- Fenger N (2005) *European Free Trade Association (EFTA) and European Economic Area (EEA)*. In: *International encyclopedia of laws, supplement 24*. Kluwer, The Hague
- Fischer Lescano A, Teubner G (2008) *Regimekollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Suhrkamp, Frankfurt am Main
- Greaves R (2003/04) Selected opinions delivered by the Advocate General Maurice Lagrange. In: Bell J, Kilpatrick C (eds) *The Cambridge yearbook of European legal studies*, vol 6. Hart Publishing, Oxford, p 83
- Grilli A (2008) Aux origines du droit de l'Union Européenne: Le "ius commune" national dans les conclusions des avocats généraux: Karl Roemer et Maurice Lagrange (1954–1964). *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Legal Hist Rev* 76:155–172
- Grilli A (2009) *Le origini del diritto dell'Unione europea*. Il Mulino, Bologna
- Hartley TC (1996) The European Court, judicial objectivity and the constitution of the European Union. *Law Q Rev* 112:95–109
- Herzog R, Gerken L (2008) *Stop the European Court of justice* (originally published in FAZ, 8th Sept 2008)
- Hinarejos A (2009) *Reforming jurisdiction in the intergovernmental pillars*. Oxford University Press, Oxford
- Jhering R (1872) *Der Kampf um das Recht*. Manz, Wien
- Koschaker P (1947) *Europa und das römische Recht*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München
- Lagrange M (1979) *The Court of Justice of the European Communities from the Schumann plan to the European Union (English Trans)*. In: *Mélanges Fernand Dehousse*, vol 2. Nathan/Labor, Paris/Bruxelles
- Lecourt R (1976) *L'Europe des juges*. Emile Bruylant, Bruxelles
- Lenaerts K (2000) *Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes. Regards sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré d'instance au droit communautaire*. *Cahiers du droits européens* 36:323–411
- Maduro MP (1998) *We the court: the court of justice and the European Economic Constitution*. Oxford University Press, Oxford
- Maduro MP, Azoulaï L (2010) *The past and future of EU law. The classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Hart Publishing, Oxford
- Mancini GF, Keeling D (1994) Democracy and the European Court of Justice. *Mod Law Rev* 57:175–190
- Mayer FC (2010) The foundation of a community of law. In: Maduro MP, Azoulaï L (eds) *Hart Publishing, Oxford*, pp 16–25

- Moser P, Sawyer M (2008) *Making Community law. The legacy of Advocate General Jacobs at the European Court of Justice*, Elgar, Mass
- Pescatore P (1983) The doctrine of “direct effect”: an infant disease of Community law. *Eur Law Rev* 8:155–177
- Rasmussen H (1986) *On law and policy in the European Court of Justice. A comparative study in judicial policymaking*. Nijhoff, Dordrecht
- Rasmussen M (2008) The origins of a legal revolution—the early history of the European Court of Justice. *J Eur Integr Hist* 14:77–98
- Rasmussen M (2010a) From *Costa v ENEL* to the Treaties of Rome—a brief history of a legal revolution. In: Maduro MP, Azoulaï L (eds) *The past and the future of EU law*. Hart Publishing, Oxford, pp 69–86
- Rasmussen M (2010b) Constructing and deconstructing “Constitutional European Law”. Some reflections on how to study the history of European law. In: Koch H et al. (eds) *Europe—the new legal realism. Essays in Honor of Hjalte Rasmussen*. Djøf publ., Copenhagen, pp 639–660
- Rasmussen M (2012a) *The first Advocate Generals and the making of European law, 1950–58*. European University Institute law working papers (forthcoming)
- Rasmussen M (2012b) Establishing a constitutional practice of European law: the history of the legal service of European executive, 1952–65. *Contemp Eur Hist* 21(3)
- Rodell F (1939) *Woe Unto You, Lawyers!*. Reynal & Hitchcock, New York
- Rosas A (2010) *Life after Dassonville and Cassis: evolution but no revolution*. In: Maduro MP, Azoulaï L (eds) *The past and the future of EU law*. Hart Publishing, Oxford, pp 433–443
- Schapiro M (1981) *Courts: a comparative and political analysis*. Chicago UP, Chicago
- Schapiro M (1999) The European Court of Justice. In: Craig P, de Búrca G (eds) *The evolution of EU law*. Oxford University Press, Oxford, p 300
- Schepel H, Blankenburg E (2001) Mobilizing the European Court of Justice. In: de Búrca G, Weiler JHH (eds) *the European Court of Justice*. Oxford University Press, Oxford, pp 9–42
- Schlaugther A-M, Stone Sweet A, Weiler JHH (1998) *The European Courts and National Courts*. Hart, London
- Shaw J (2001) Gender and the Court of Justice. In: de Búrca G, Weiler JHH (eds) *The European Court of Justice*. Oxford University Press, Oxford, pp 87–142
- Stein E (1981) Lawyers, Judges and the making of a transnational constitution. *Am J Int Law* 75:1–27
- Stone Sweet A (2000) *The juridical construction of Europe*. Oxford University Press, Oxford
- Tamm D (2012) Global supreme justice. In: *Autonomy and heteronomy of the judiciary in Europe*, vol 1(9), *Oñati Socio-Legal Series*
- Temple Lang J (1997) The duties of national courts under community constitutional law. *EUR Law Rev* 22:3 et seq
- Tridimas T (2010) Primacy, fundamental rights and the search for legitimacy. In: Maduro MP, Azoulaï L (eds) *The past and the future of EU law*. Hart Publishing, Oxford, pp 98–105
- Tuori K (2010) The many constitutions of Europe. In: Tuori K, Sankiri S (eds) *The many constitutions of Europe*. Ashgate, Edinburgh/Glasgow Law Series, pp 3–30
- Valentine DG (1954) *The Court of Justice of the European Coal and Steel Community*. Nijhoff, The Hague
- Valentine DG (1965) *The Court of Justice of the European Communities: jurisdiction and procedure*, vol I. Stevens, London
- Van Leeuwen K (2012) On democratic concerns and legal traditions: the Dutch 1953 and 1956 constitutional reforms “towards” Europe. *Contemp Eur Hist* 21(3):357–374
- Vaucher A (2010) The transnational politics of judicialization. *Van Gend en Loos and the making of EU polity*. *Eur Law J* 16:1–28
- Waele H (2010) The role of the court of justice in the integration process: a contemporary and normative assessment. *Hanse Law Rev* 6:3–26
- Weiler J (1991) The transformation of Europe. *Yale Law J* 100:2403–2484
- Wilson J (2008) *Jurisconsultes et conseillers de l’Etat: aux origines de l’ordre juridique communautaire*. *J Eur Integr Hist* 14:35–55

L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne

Gil Carlos Rodríguez Iglesias

Résumé Le trait le plus caractéristique du pouvoir judiciaire de l'Union Européenne est qu'il est composé de deux branches : l'institution judiciaire communautaire, d'une part, et, d'autre part, les juridictions nationales des Etats membres, qui sont appelées à appliquer ce droit dans le domaine de leur compétence territoriale et fonctionnelle. Cet élément structurel, fondé sur la philosophie de la subsidiarité, est resté inchangé depuis l'origine jusqu'à nos jours. L'évolution de l'architecture juridictionnelle visée dans le présent article concerne notamment la branche communautaire, qui s'est développée à partir d'une seule juridiction – la Cour de Justice – à laquelle ont été ajoutés, d'abord, un Tribunal dont les compétences ont été élargies à maintes reprises, puis des tribunaux spécialisés qui peuvent être créés pour assumer dans des domaines limités des compétences judiciaires de première instance, dont un seul a été mis en place : le Tribunal de la Fonction Publique. Une alternative pour faire face à l'augmentation de la charge de travail est l'augmentation du nombre de juges au Tribunal. Cette structure paraît toujours assez appropriée. Enfin, au-delà du droit en vigueur et dans une perspective à très long terme, le présent article considère l'intérêt éventuel d'une modification du système fondée sur la création de juridictions déconcentrées par Etat membre et orientée vers la mise en place d'une justice communautaire décentralisée de type fédéral.

Professeur à l'Université Complutense de Madrid, ancien juge et président de la Cour de justice des Communautés européennes. La présente contribution est une version adaptée et actualisée de l'article de l'auteur « Le rôle des juridictions de l'Union européenne dans le contentieux économique en Europe » dans Chaput et Lévy 2007, pp 535–548.

G. C. Rodríguez Iglesias (✉)
Université Complutense, Madrid, Spain
e-mail: rodriguez.iglesias@der.ucm.es

1

Le trait le plus caractéristique du pouvoir judiciaire de l'Union européenne est qu'il est composé de deux branches : l'institution judiciaire communautaire, d'une part, et les juridictions nationales de l'ensemble des Etats membres, d'autre part.

Depuis l'origine, bien avant que le principe de subsidiarité ne fût expressément incorporé dans le droit communautaire primaire par le traité de Maastricht, l'organisation judiciaire de la Communauté européenne a été fondée sur la philosophie de la subsidiarité en ce sens que seules les compétences qui n'auraient pu être utilement exercées par les juridictions nationales ont été attribuées à la Cour de justice, à l'époque la seule juridiction communautaire. Ce sont en effet les juridictions nationales qui, de façon cohérente avec la mise en œuvre administrative largement décentralisée du droit communautaire, sont appelées à appliquer ce droit dans le domaine de leur compétence territoriale et fonctionnelle, en assurant la protection des droits des justiciables fondés sur cet ordre juridique. Ainsi que le soulignait le président Lecourt, « il est d'autres juges communautaires que la Cour de justice. Tout juge national est aussi juge communautaire. Il l'est même, dans un certain sens, plus naturellement que la Cour dont la compétence est seulement d'attribution ».¹

Il ne s'agit nullement du seul modèle concevable. A cet égard on peut établir une comparaison du modèle judiciaire européen avec celui des Etats-Unis d'Amérique. L'un et l'autre présentent un trait commun, à savoir la création initiale d'une seule juridiction, respectivement la Cour de justice et la *Supreme Court*. Mais, alors que la Constitution américaine envisageait dès le début la création d'autres juridictions fédérales par la voie législative, et rendait ainsi possible le développement d'un système de justice fédérale, les traités instituant les Communautés européennes ne prévoyaient pas la création d'autres juridictions communautaires que la Cour de justice. C'est seulement par des réformes introduites par l'Acte unique européen et par le traité de Nice qu'a été insérée dans les traités la base juridique pour la création d'un Tribunal de première instance, d'abord, puis de tribunaux spécialisés.

La création du Tribunal de première instance n'a pas été le résultat d'une réflexion d'ensemble sur le modèle judiciaire communautaire. Elle a été plutôt une réponse pragmatique au problème de l'augmentation croissante de la charge de travail de la Cour de justice et de la nécessité conséquente d'alléger cette charge et d'améliorer ainsi la protection juridictionnelle, notamment dans les affaires exigeant l'examen approfondi des faits. L'Acte unique conféra au Conseil la faculté d'adjoindre à la Cour de justice une juridiction chargée de connaître en première instance certaines catégories d'affaires introduites par des personnes physiques et morales. En exerçant ce pouvoir, le Conseil, sur proposition de la Cour, créa un

¹ Lecourt 1976, p. 7 et s.

Tribunal de première instance par sa décision du 24 octobre 1988² et lui attribua de nouvelles compétences par ses décisions du 8 juin 1993³ et du 7 mars 1994.⁴

Initialement, le Tribunal s'est vu attribuer des compétences pour connaître en première instance des catégories assez limitées d'affaires, dont notamment les recours intentés par les particuliers contre les décisions de la Commission dans le domaine de la concurrence. A partir de la décision de mars 1994 il a été chargé de l'ensemble des recours introduits par des personnes physiques et morales.

Le traité de Maastricht a introduit une modification importante en ouvrant la possibilité de transférer au Tribunal la connaissance de l'ensemble des recours directs, tout en excluant expressément le transfert de la compétence pour statuer sur des questions préjudicielles, qui restait ainsi réservée à la Cour de justice.

En 1998 le Conseil fût saisi par la Cour d'une proposition de transfert de compétences au Tribunal portant sur certains recours introduits par les Etats membres. Cette proposition qui visait à rationaliser le système en réduisant notamment les recours dits « parallèles » (c'est-à-dire les recours ayant le même objet qui devaient être introduits devant la Cour ou devant le Tribunal selon que le demandeur était un État ou un particulier) ne fût jamais adoptée. Ainsi, nonobstant les prévisions du traité de Maastricht, les recours introduits par les États et les institutions sont restés soustraits à la compétence du Tribunal jusqu'au moment où, sur le fondement des nouvelles dispositions du traité de Nice, des modifications ont été introduites dans le statut de la Cour de justice.

2

La réforme du système juridictionnel la plus importante jusqu'à ce jour a été effectuée par le traité de Nice. Elle a été précédée par un large débat, auquel la Cour elle-même a participé, notamment par la voie d'un document de réflexion,⁵ élaboré ensemble avec le Tribunal, qui a été présenté au Conseil des Ministres de la Justice en mai 1999 et qui a eu une importance déterminante pour l'inclusion de la réforme juridictionnelle dans l'agenda de la Conférence intergouvernementale qui a abouti au traité de Nice ainsi que pour l'approbation, par le Conseil, d'un certain nombre de modifications du règlement de procédure proposées par la Cour, qui sont entrées en vigueur en juillet 2000. Dans ledit document la Cour préconisait une série de modifications du traité visant à assouplir le système

² Décision 88/591/CECA, CEE, EURATOM du Conseil, du 24 octobre 1988, DO L319 du 25 novembre 1988, p. 1, et DO L 241 du 17 août 1989).

³ Décision 93/350/EURATOM, CECA, CEE du Conseil, du 8 juin 1993, DO L 144, du 16 juin 1993, p. 21.

⁴ Décision 94/149/CECA, CE du Conseil, du 7 mars 1994, DO L 66, du 10 mars 1994, p. 29.

⁵ *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne. Document de réflexion*, Revue trimestrielle de droit européen, vol. 35 (1999), pp. 529-549.

judiciaire en ouvrant la voie à des réformes qui pourraient être effectuées sans avoir recours à la procédure encombrante de la révision du traité.

Les réformes finalement introduites par le traité de Nice appartiennent à deux catégories.

D'une part, dans le domaine judiciaire comme dans d'autres, le traité de Nice a introduit des modifications considérées indispensables en vue de la réussite du grand élargissement envisagé. A cet égard on relèvera notamment la nouvelle règle relative à la composition de la Cour, qui est formée désormais « d'un juge par État membre ».⁶ Même s'il est vrai que le nombre des juges avait toujours été fixé par rapport au nombre des États membres, cette disposition établit pour la première fois de façon expresse un lien entre la composition de la Cour et la nationalité des juges. De façon cohérente avec cette option pour une Cour large, le même article du traité consacre le caractère exceptionnel de l'assemblée plénière de la Cour, qui siège désormais normalement en chambres ou en grande chambre. C'est à cette dernière formation, qui, conformément au statut de la Cour, tel qu'il a été modifié au moment de l'adhésion, compte 13 juges (d'abord sur 25, ensuite sur 27), que revient la fonction essentielle d'assurer la cohérence de la jurisprudence, fonction qui relevait traditionnellement de la Cour plénière.

D'autre part, le traité de Nice a introduit un certain nombre de modifications dans la voie de l'assouplissement du système juridictionnel, qui avait été préconisée par la Cour. Il a notamment ouvert des possibilités de réforme qui peuvent être mises en œuvre et précisées, sans qu'une révision du traité soit nécessaire, par la procédure prévue à l'époque à l'article 245, deuxième alinéa, du traité CE, qui permettait au Conseil de modifier les dispositions du statut, à l'exception de son titre I, en statuant à l'unanimité sur demande de la Cour de justice et après consultation du Parlement européen et de la Commission, ou sur demande de la Commission et après consultation du Parlement européen et de la Cour de justice. Cette procédure est modifiée depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Ce sont désormais le Parlement européen et le Conseil qui peuvent, conformément à l'article 281, deuxième paragraphe, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, modifier les dispositions du statut selon la procédure législative ordinaire, toujours sur demande de la Cour et après consultation de la Commission, ou sur demande de la Commission et après consultation de la Cour.

Les réformes que l'on peut rattacher à cette seconde catégorie ont pour objet la distribution des compétences entre la Cour et le Tribunal de première instance – dont la position institutionnelle est d'ailleurs renforcée –, la possibilité de création de tribunaux spécialisés appelés « chambres juridictionnelles », les modalités de contrôle des décisions du Tribunal de première instance par la Cour et, enfin, les

⁶ Le Tribunal, dont le nombre de juges est fixé par le statut, « compte au moins un juge par État membre ».

conditions d'approbation des règlements de procédure de la Cour et du Tribunal par le Conseil, qui statue désormais à la majorité qualifiée et non plus à l'unanimité.⁷

En ce qui concerne les recours directs, le traité de Nice prévoyait que le Tribunal de première instance était compétent pour connaître en première instance des recours en annulation, des recours en carence, des recours en indemnité, des litiges entre la Communauté et ses agents et des litiges portés devant la juridiction communautaire sur le fondement d'une clause compromissaire contenue dans un contrat passé par la Communauté ou pour son compte, « à l'exception de ceux qui sont attribués à une chambre juridictionnelle et de ceux que le statut réserve à la Cour de justice ». D'ailleurs, il était prévu que le statut de la Cour pourrait attribuer au Tribunal la compétence pour d'autres catégories de recours.

Compte tenu des modifications introduites au statut suite à l'entrée en vigueur du traité de Nice, la distribution des compétences entre la Cour et le Tribunal en matière de recours directs qui en résulte est, pour l'essentiel, la suivante.

Les recours en manquement relèvent toujours de la compétence de la Cour. Le Tribunal, dont la compétence était limitée auparavant aux recours introduits par des particuliers, est devenu compétent pour connaître de l'ensemble des recours qui ont pour objet le contrôle de la légalité des actes ou des carences de la Commission, alors que le contrôle des actes et des carences du Conseil et du Parlement européen (séparément ou ensemble) ainsi que l'ensemble du contentieux interinstitutionnel sont réservés à la Cour. Ces critères de base, qui connaissent des exceptions – telles que, par exemple, l'attribution au Tribunal de la compétence pour connaître des recours mettant en cause des décisions du Conseil concernant des aides d'État ou le fait que soit réservé à la Cour le contrôle des actes de la Commission relatifs à des coopérations renforcées – visent à ce que le contrôle de la légalité communautaire soit exercé par le Tribunal, sauf dans la mesure où ce contrôle s'apparente à un contrôle de constitutionnalité, soit parce qu'il concerne des actes de nature législative, soit parce qu'il a pour objet des conflits de compétence, ce qui est le cas notamment du contentieux interinstitutionnel.

En ce qui concerne la compétence préjudicielle, dont le transfert au Tribunal était auparavant expressément exclu, il est désormais prévu que le Tribunal « est compétent pour connaître des questions préjudicielles... dans des matières spécifiques déterminées par le statut ». Néanmoins aucune proposition de modification du statut à cet égard n'a été présentée à ce jour par la Cour ou par la Commission, de sorte que les questions préjudicielles relèvent toujours de la Cour.

Une modification importante introduite par le traité de Nice concerne la possibilité de création de « chambres juridictionnelles ».

Aux termes du nouvel article 225 A, premier alinéa, du traité CE, introduit par le traité de Nice, « Le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la

⁷ Cette modification constitue un élément important de l'assouplissement du système juridictionnel effectué par le traité de Nice. En effet, la nécessité d'obtenir l'approbation du Conseil statue à l'unanimité rendait souvent difficile l'adoption de modifications du règlement de procédure.

Commission et après consultation du Parlement européen et de la Cour de justice, ou sur demande de la Cour de justice et après consultation du Parlement européen et de la Commission, peut créer des chambres juridictionnelles chargées de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques. » Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ce sont le Conseil et le Parlement européen qui décident par la voie de la procédure législative ordinaire.

Les « chambres juridictionnelles » sont donc des juridictions spécialisées⁸ qui se substituent au Tribunal de première instance dans les matières spécifiques déterminées par la décision de création de la chambre en cause. Aux termes de l'article 225 A, troisième alinéa, du traité CE tel que modifié par le traité de Nice, « les décisions des chambres juridictionnelles peuvent faire l'objet d'un pourvoi limité aux questions de droit ou, lorsque la décision portant création de la chambre le prévoit, d'un appel portant également sur les questions de fait, devant le Tribunal de première instance ». C'est donc le Tribunal qui assume le rôle de juridiction de cassation ou d'appel, selon le cas, vis-à-vis des chambres juridictionnelles.

Une seule « chambre juridictionnelle » a été créée jusqu'à présent, à savoir le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, créé par décision du Conseil du 2 novembre 2004⁹ et installé le 6 octobre 2005, mais le modèle peut être utilisé chaque fois que l'on considère que, dans un certain secteur, le développement d'un contentieux spécifique d'une certaine importance quantitative est de nature à justifier la création d'une juridiction spécialisée.

Le traité de Nice a prévu également l'aménagement des modalités du contrôle juridictionnel exercé par la Cour à l'égard du Tribunal de première instance. Les décisions rendues par le Tribunal en statuant sur des recours contre les décisions des chambres juridictionnelles ne sont pas susceptibles de pourvoi. Elles peuvent faire exceptionnellement l'objet d'un *réexamen* « en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit communautaire ». Il en ira de même pour le contrôle des décisions rendues par le Tribunal sur des questions préjudicielles. Conformément aux dispositions du statut qui ont été adoptées pour préciser les conditions du réexamen, seul le Premier Avocat Général peut proposer à la Cour de « réexaminer » une décision du Tribunal. La Cour décide dans un délai d'un mois s'il y a lieu ou non de suivre cette proposition. Si elle réexamine la décision, elle statue sur les questions faisant l'objet du réexamen selon une procédure d'urgence sur la base du dossier qui lui est transmis par le Tribunal.

Enfin, le traité de Nice ouvre la possibilité de soumettre le pourvoi contre les décisions rendues par le Tribunal de première instance à des « conditions et limites prévues par le statut. ». Pour le moment, le statut n'a fait l'objet d'aucune modification visant à mettre en œuvre cette possibilité.

⁸ Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ces juridictions sont désignées plus correctement comme « tribunaux spécialisés ».

⁹ JO L 333, p. 7.

En somme, les réformes consacrées ou rendues possibles par le traité de Nice ouvrent la voie à une évolution du système juridictionnel de l'Union dans laquelle la Cour de justice tend à se concentrer sur ses fonctions de juridiction constitutionnelle et suprême, chargée d'assurer l'unité et la cohérence du droit communautaire, et le Tribunal de première instance devient, pour l'essentiel, la juridiction administrative générale. Néanmoins, dans certains domaines spécifiques, limités à l'heure actuelle au contentieux de la fonction publique, le contentieux administratif de première instance peut être attribué à des juridictions spécialisées. Dans ces domaines le Tribunal assume le rôle de juridiction de cassation ou d'appel, soumise seulement à un contrôle exceptionnel de la part de la Cour en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit communautaire.

3

Les éléments essentiels du système judiciaire tel que résultant du traité de Nice ont été confirmés de façon implicite ou explicite dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe, d'abord, puis dans le traité de Lisbonne, qui a repris en substance les dispositions relatives au pouvoir judiciaire du traité constitutionnel, frustré par les référendums négatifs en France et au Pays-Bas.

En ce qui concerne la structure de l'organisation judiciaire, le traité de Lisbonne –comme le traité constitutionnel– se borne à des modifications essentiellement terminologiques. En effet, aux termes de l'article 19, paragraphe 1, premier alinéa, du traité sur l'Union européenne tel que modifié par le traité de Lisbonne, « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et les tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'application et l'interprétation des traités ». Cette disposition consacre ainsi une distinction conceptuelle entre la Cour en tant qu'institution et la Cour en tant que juridiction et modifie la dénomination du Tribunal de première instance et des chambres juridictionnelles, désignés respectivement comme « Tribunal »¹⁰ et « tribunaux spécialisés ». Pour le reste elle confirme la mission traditionnelle de la Cour, à savoir assurer le respect du droit.

On relèvera que le traité constitutionnel confirme également la fonction essentielle des juges nationaux en tant que juges communautaires chargés de l'application du droit communautaire et notamment de la protection des droits des justiciables trouvant leur source dans l'ordre juridique communautaire. En effet,

¹⁰ En français et en d'autres langues dans lesquelles on trouve la distinction entre « Cour » et « Tribunal ». En revanche, dans des langues où l'on ne trouve pas cette distinction, le Tribunal est caractérisé comme Tribunal « général ». Par exemple, en espagnol, la phrase précitée est rédigée dans les termes suivants : « El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados ». Il en va de même dans la version anglaise : « The Court of Justice of the European Union shall include the Court of Justice, the General Court and specialised courts. »

même si l'on n'a pas finalement inclus une disposition exprimant directement la reconnaissance de cette fonction des juges nationaux, elle est indirectement reconnue à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa du traité sur l'Union européenne, aux termes duquel « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

Cette disposition confirme la conception du système judiciaire communautaire fondée sur la philosophie de la subsidiarité et, en même temps, elle exprime de façon très synthétique le principe de l'autonomie procédurale des États membres et ses limites, tels qu'ils ont été développés par la jurisprudence de la Cour. En effet, la double exigence découlant de cette jurisprudence—à savoir que les voies de recours et les modalités procédurales disponibles, selon le droit national, pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire, soient effectives et équivalentes à celles qui sont disponibles pour la protection de droits comparables conférés par l'ordre juridique interne (principes d'effectivité et d'équivalence) – précise les conditions indispensables pour assurer une protection juridictionnelle effective dans le domaine d'application du droit de l'Union.

Le traité de Lisbonne – comme le traité constitutionnel—confirme et renforce le rôle de la Cour de justice en tant que juridiction constitutionnelle de l'Union européenne.

On sait que la question de la délimitation des compétences de l'Union par rapport à celles des États membres a été au coeur du débat constitutionnel, notamment du point de vue du contrôle effectif du respect du principe de subsidiarité par les institutions européennes.

Le groupe de travail compétent au sein de la Convention européenne a bien mis en lumière le caractère éminemment politique du principe en cause et la marge d'appréciation dont doivent jouir les institutions pour son application. Il a proposé en conséquence l'établissement d'un mécanisme politique de contrôle préalable de la part des parlements nationaux.

Pour ce qui est du contrôle judiciaire, le rapport final du groupe de travail a proposé un contrôle *ex post* confié à la Cour de justice, en écartant la proposition de créer une nouvelle juridiction « constitutionnelle » ou « de subsidiarité », chargée de connaître exclusivement des affaires relatives à la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres. Le groupe s'est appuyé, entre autres, sur une résolution du Parlement européen, fondée sur le rapport Lamasoure, qui soulignait que la Cour est la juridiction constitutionnelle de l'Union.

La Convention, puis la Conférence Intergouvernementale, ont suivi la même orientation, qui, après l'échec du traité constitutionnel, a été reprise dans le traité de Lisbonne. Le Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité dans son article 8 attribue expressément à la Cour compétence pour se prononcer sur les recours pour violation, par un acte législatif européen, du principe de subsidiarité. Il s'agit de recours en annulation et donc la compétence n'est pas nouvelle, puisque la Cour contrôlait déjà sur le fondement du droit en vigueur la légalité des actes des institutions, entre autres pour violation du principe de subsidiarité. Ce qui est nouveau, outre l'attribution de compétence expresse, est

que l'article 8 précise que ces recours pourront être formés par un État membre « *ou transmis par celui-ci conformément à son ordre juridique au nom de son parlement national ou d'une chambre de celui-ci* » et que « *de tels recours peuvent aussi être formés par le Comité des régions contre des actes législatifs européens pour l'adoption desquels la Constitution prévoit sa consultation* ».

Le renforcement du rôle constitutionnel de la Cour est d'autant plus remarquable que tant avant que durant le processus d'élaboration du projet constitutionnel des voix s'étaient élevées pour limiter ce rôle en attribuant à une nouvelle juridiction la connaissance des litiges relatifs à la délimitation des compétences de l'Union.

4

Après les modifications introduites par le traité de Nice et confirmées par le traité de Lisbonne, le système judiciaire communautaire reste caractérisé – comme il l'a été dès l'origine – par la coexistence de deux branches : d'une part, la Cour de justice – institution qui comprend la Cour, le Tribunal et les tribunaux spécialisés (pour l'instant le Tribunal de la fonction publique) – et, d'autre part, les juridictions nationales des États membres.

Le contentieux dont la connaissance relève de la Cour et des autres juridictions communautaires est, en termes généraux, soit un contentieux de nature institutionnelle (notamment manquements d'État et litiges interinstitutionnels), soit un contentieux directement lié à l'activité normative et administrative des institutions et organes communautaires (recours en annulation et en carence, recours en indemnité). Il n'inclut pas de litiges entre particuliers ni de litiges entre particuliers et administrations nationales. Le rôle –essentiel– attribué à la Cour de justice à propos de ces litiges est celui de se prononcer incidemment sur l'interprétation du droit communautaire ou sur la validité des actes des institutions en statuant sur les questions dont elle est saisie à titre préjudiciel par les juridictions nationales, dont les décisions restent soustraites à tout contrôle hiérarchique de la part de la Cour.

Cette structure judiciaire paraît aujourd'hui assez bien équipée pour faire face à un développement du contentieux directement lié à l'activité normative et surtout administrative des institutions et organes communautaires. En effet, la création d'un tribunal spécialisé est possible dès que le développement quantitatif des litiges dans un domaine spécifique le justifie. En outre, il y a une autre possibilité, à savoir l'augmentation du nombre des juges au Tribunal.

Dans un projet de modifications du statut de la Cour de justice présenté par la Cour au Parlement européen et au Conseil le 28 mars 2011 il est proposé d'augmenter le nombre de juges au Tribunal. Il est expliqué que, « après avoir longuement pesé l'une et l'autre option, la Cour est parvenue à la conclusion que l'augmentation du nombre de juges est clairement préférable à la création d'un tribunal spécialisé dans le domaine de la propriété intellectuelle. Les motifs sont liés à l'*effectivité* de la solution proposée, à l'*urgence* de la situation, à la *souplesse* de la mesure envisagée ainsi qu'à la *cohérence* du droit de l'Union ». A mon avis,

les mêmes motifs pourraient être valables pour faire le choix en faveur de l'augmentation du nombre de juges au Tribunal plutôt que de créer un tribunal spécialisé dans d'autres domaines que celui de la propriété intellectuelle. Il me paraît donc probable que le développement futur de l'architecture judiciaire de l'Union européenne s'appuiera sur le partage de compétences entre la Cour et le Tribunal, éventuellement accompagné par l'augmentation du nombre de juges au Tribunal, plutôt que sur la création de tribunaux spécialisés.

On ne saurait pas utiliser les mêmes instruments pour faire face à l'augmentation du contentieux qui n'est pas lié à l'expansion de l'activité administrative communautaire, car ce contentieux relève de la compétence des juridictions nationales et il ne se répercute sur la juridiction communautaire que par la voie des questions préjudicielles dont la Cour est saisie par les juridictions nationales.

La compétence préjudicielle est la pièce la plus importante du mécanisme judiciaire communautaire. Elle constitue en effet l'instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales qui rend possible une application décentralisée du droit communautaire reposant, néanmoins, sur une interprétation uniforme qui doit être assurée par la Cour de justice. En outre, il n'est pas difficile de constater que les développements jurisprudentiels les plus importants ont été réalisés par la voie d'arrêts préjudiciels et ils ont été souvent induits par les juridictions nationales par leurs questions.

Il est assez généralement considéré que le système des questions préjudicielles a bien fonctionné et qu'il ne serait pas souhaitable de le remplacer par un système de recours contre les décisions des juridictions nationales devant la Cour de justice, qui substituerait un rapport hiérarchique au rapport de coopération existant entre les deux branches du pouvoir judiciaire communautaire. Toutefois, le système pourrait être victime de son succès, car le nombre d'affaires préjudicielles dont la Cour est saisie ne cesse d'augmenter.

À cet égard, on rappellera que le traité de Nice, conformément à la demande qui avait été formulée par la Cour, a ouvert la possibilité de conférer des compétences préjudicielles dans des matières spécifiques au Tribunal qui pourra renvoyer devant la Cour l'affaire s'il estime que celle-ci appelle une décision de principe susceptible d'affecter l'unité ou la cohérence du droit communautaire et dont les décisions rendues sur des questions préjudicielles pourront faire exceptionnellement l'objet d'un réexamen par la Cour en fonction des mêmes critères, à savoir « en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit communautaire ».

Cette possibilité de transfert limité de compétences préjudicielles, avec les sauvegardes indiquées, constitue un élément de souplesse du système, qui doit permettre de réagir en cas d'augmentation du nombre d'affaires préjudicielles en allégeant la charge pesant sur la Cour de justice. Jusqu'à présent aucune proposition d'utiliser cette possibilité n'a été présentée. Il semble y avoir un large consensus sur ce que le partage des compétences préjudicielles entre deux juridictions ne serait pas une mesure appropriée pour renforcer la cohérence de la jurisprudence.

À cet égard, dans la motivation du projet de modifications du statut de la Cour de justice présenté le 28 mars 2011, la Cour a relevé que le réexamen n'est pas l'outil adéquat pour garantir la cohérence de la jurisprudence à un niveau autre que celui

des grandes questions de principe et que, ainsi, l'utilisation de la faculté de confier au Tribunal le traitement de questions préjudicielles, plutôt prévue pour décharger la Cour de justice dans l'hypothèse où celle-ci se trouverait en difficulté – ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle – risquerait de créer plus de difficultés qu'elle n'apporterait d'avantages. Outre les questions de cohérence..., la répartition des questions préjudicielles entre les deux juridictions pourrait par ailleurs créer la confusion auprès des juridictions des États membres et les décourager de poser des questions préjudicielles... ».

5

Au delà du droit en vigueur, dans une perspective à très long terme, on reviendra ici sur une des réformes possibles envisagées par la Cour dans son document de réflexion de 1999 sur l'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne, à savoir « la création ou la désignation d'instances judiciaires déconcentrées par État membre chargées de traiter les questions préjudicielles émanant des juridictions relevant de leur sphère de compétence territoriale. De telles instances, spécialisées en droit communautaire, se trouveraient plus proches que la Cour de justice du système juridique national dans lequel doit s'inscrire la réponse aux questions posées. Elles fonctionneraient en outre dans les langues de l'État concerné, ce qui permettrait de maintenir l'accès le plus large des juges nationaux à la procédure préjudicielle en évitant l'engorgement dû aux nécessités de traduction. Ces juridictions pourraient être dotées soit d'un statut communautaire, soit d'un statut national... ».¹¹

L'inconvénient fondamental d'un tel système, signalé par la Cour dans son document de réflexion, est, naturellement, le risque de renationalisation de l'interprétation du droit communautaire et, par conséquent, d'éclatement de son unité. Néanmoins diverses mesures peuvent être prises en considération pour éviter ou réduire ce risque.¹² Dans son document de réflexion, la Cour estimait, « sans méconnaître les difficultés liées à la mise en œuvre d'un système de déconcentration de la procédure préjudicielle, que ce système et ses diverses modalités méritent d'être explorés et approfondis ».¹³

Personnellement, j'estime que, à long terme, un système de juridictions décentralisées par État membre pourrait s'avérer comme la seule solution efficace dans l'hypothèse – qui n'est ni certaine ni souhaitable – d'une augmentation telle du nombre de questions préjudicielles qu'elle déborderait la capacité de la Cour. Je suis, en effet, convaincu que l'augmentation du nombre de juges « centraux », à

¹¹ Document cit. supra, note 5, version pdf, p. 40.

¹² Voir document précité, pp. 41 et s.

¹³ Document précité, p. 42.

Luxembourg, ne constitue pas une réponse satisfaisante. Au contraire, elle comporterait, à mon avis, un risque d'asphyxie de la juridiction communautaire.

Si un jour on devait s'orienter vers la mise en place de juridictions décentralisées, ces juridictions devraient avoir de préférence un statut communautaire et se voir attribuer d'autres compétences au delà de leur rôle de « filtre » de renvois préjudiciels. Leurs décisions devraient être susceptibles de pourvoi, soumis à des limites et conditions, devant la Cour de justice. Il s'agirait, en somme, d'une justice communautaire décentralisée de type fédéral.

Références

- Chaput Y, Lévy A (sous la direction de) (2007) : Quelles juridictions économiques en Europe ? Du règne de la diversité à un ordre européenne, Collection Le droit des affaires, LITEC, Paris
- Lecourt R (1976) L'Europe des juges. Bruylant, Bruxelles, p 7 et s

The Court of Justice in the Twenty-First Century: Challenges Ahead for the Judicial System?

Francis G. Jacobs

Abstract This paper looks ahead and seeks to identify future challenges to the judicial system of the European Union. It takes as its starting point that the key to the evolution of EU law has unquestionably been the system of references by national courts to the Court of Justice for preliminary rulings. It is desirable to maintain the principle that all courts and tribunals of the Member States should retain the power to refer. Difficulties are likely to arise in the future, partly from the sheer number of references, but also because of the new areas of law brought within the jurisdiction of the Court of Justice by the Lisbon Treaty. The paper considers several possible reforms, rejecting some suggestions but advancing others, such as the “green light” system, which may deserve further consideration, especially since it may become desirable for the Court to exercise some self-restraint in ruling on references from national courts.

It is a privilege and a pleasure to contribute to a book marking the 60th anniversary (or Diamond Jubilee) of the Court of Justice. Yet to look ahead, as I am invited to do, to possible developments in the rest of the twenty-first century is a great challenge in itself. As Eugene Ionesco put it, you can only predict things after they have happened.¹

Advocate General at the Court of Justice of the European Communities from October 1988 to January 2006. Professor University of London.

¹ Ionesco, *Rhinoceros* 1959.

F. G. Jacobs (✉)
King's College London, London, UK
e-mail: francis.jacobs@kcl.ac.uk

Nevertheless, we may seek some clues, in the past evolution of the Court,² to possible future developments. Evolution may be relevant in several ways. First, the role of the Court is always and necessarily evolving: the process of implementing the EU Treaties is an evolving process; the case-law evolves; interpretation of the Treaties (and to some extent of the legislation) of necessity evolves if each Treaty is to remain, as the Strasbourg Court has said of the European Convention on Human Rights, a living instrument.

Secondly, the history of the Court, and of the judicial system itself, has been a process of progressive evolution. There has been no radical break; the most significant change in the history was the establishment of the Court of First Instance (now the General Court); and even that has evolved gradually, with new jurisdiction progressively conferred upon it after a rather limited start.

Thirdly, although within a rather stable environment, the evolution of the judicial system has in some respects proved remarkable—which may be a sign that, in considering possible reforms, while the more radical ideas should be treated with caution, nevertheless we should not set our sights too low. Impressively, the Member States have often been ready to strengthen and reinforce the judicial system—sometimes even directly at their own cost; as in the Maastricht Treaty where they introduced financial penalties to be imposed by the Court on defaulting Member States; as in the Lisbon Treaty where they streamlined the procedures for imposing such penalties; and as most recently in the Fiscal Discipline Treaty where they conferred a role on the Court: the Treaty provides for financial penalties in the highly sensitive area of fiscal discipline.³

Direct actions of this kind are crucial to maintain, in the European Union, observance of the rule of law. Both Member States, and the Union's institutions and bodies of all kinds, must be answerable to the Court, and the system of direct actions, whether brought against the Union or against the Member States, has evolved to meet that need. Indeed the Lisbon Treaty introduced several welcome developments in that system. But over the years, the key to the evolution of EU law has unquestionably been the system of references by national courts to the Court of Justice for “preliminary rulings” on EU (EC) law. And it may be precisely here that the judicial system is now threatened. The jurisdiction of the Court to give preliminary rulings is considerably extended by the Lisbon Treaty. Recently, the number of references has increased substantially. Indeed, while over the entire period from 1993 to 2009 the total number of references remained remarkably constant at between 200 and 300 a year, the number rose to nearly 400

² On a note of terminology: by “Court” or “Court of Justice”, despite the Lisbon Treaty reformulation, I refer primarily (as is obviously appropriate here) to the Court which is celebrating its 60th anniversary. And I have preferred “judicial system” rather than “judicial architecture”. (In any event, I do not discuss the more grandiose “architectural” skyscrapers which some have suggested; my remarks are more down-to-earth.)

³ Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, Article 8. Provision for the Council to fine Member States in this field was first made in Article 126(11) of the TFEU.

in 2010 and over 400 in 2011. That increase does not yet fully reflect the impact of the new jurisdiction under the Lisbon Treaty; much of it is accounted for by more references from the “new” Member States. These trends seem to represent a very serious challenge for a court already working at full capacity.

How to respond to this challenge? The goal should surely be to preserve what is best in the existing system—and perhaps especially the availability of the Reference procedure for all national courts and tribunals—while seeking to adapt the system by such changes as are essential to enable its best features to continue to function.

1 Ideas Which Should Not Be Pursued

In practice, this certainly means avoiding some of the more grandiose projects suggested in the past. For example, we need not pursue the idea of transforming the Court of Justice into a specialised Constitutional Court; or setting up, alongside the Court of Justice, a network of regional courts which would in some way share its jurisdiction.

Even apart from the concern at provoking a judicial earthquake of this kind, there are very solid objections of principle, and in practice, to such schemes, which should not detain us here.

We should also consider briefly, if only to reject, some changes which might be seen as natural developments of the existing system. Let us consider, briefly, three.

1.1 Increasing the Number of Members?

Increasing the membership of the Court does not seem in any way appropriate.

First, the judges: increasing the number of judges would be difficult and perhaps undesirable. Difficult because, for the Court of Justice, it would require an amendment to the Treaty, which seems excluded for the present; and because it would re-open an issue only recently settled by the Lisbon Treaty: the TEU (Article 19) now provides that the Court of Justice shall consist of one judge from each Member State. The obstacle of Treaty amendment does not apply to the General Court: there, the Treaty provides that the General Court shall include *at least* one judge per Member State. However there is the further difficulty, for both courts, that, even if there were an agreement in principle to increase the number of judges in either court, it might be very difficult to reach agreement on which Member States should have additional judges, as was found on recent attempts to enlarge the General Court. Indeed it seemed at one time that the only politically viable solution to enlarge the General Court might be to have two judges per Member State, which would be excessive.

But in any event, an increase in the number of judges would create new problems—above all in resolving the issue of which judges should sit in which cases; and in maintaining the consistency and coherence of the case-law—already under some threat. In fact it might be preferable, in a different institutional (and political) context, to have fewer rather than more judges, in any event for the Court of Justice, and to attempt to limit its case-load.

Second, increasing the number of Advocates General, although possible without Treaty amendment,⁴ seems undesirable if only because, as currently envisaged, it would result in five of the Advocates General serving only one six-year term. Such a rapid turnover is wholly unsatisfactory, for reasons mentioned later in this paper. It might be more satisfactory, in the interest of the stability and coherence of the Court, for the five Advocates General to serve *two* six-year terms.

1.2 Transfer of Jurisdiction from the Court of Justice to the General Court?

Increasingly, jurisdiction over direct actions has been transferred from the Court of Justice to the General Court, while the Nice Treaty also provided for the possibility of transferring to the General Court jurisdiction over certain categories of references for preliminary rulings—a possibility which has not yet been used. But in general, the transfer of more cases from the Court of Justice to the General Court provides no solution, since the delays in the General Court seem substantially greater than in the Court of Justice, partly reflecting the role of the General Court and its duty to examine complex questions of fact. In any event, it would be difficult to decide what cases should be transferred. As a matter of principle, moreover, the allocation of cases should not be decided on purely pragmatic grounds. In principle the move should probably rather be towards a system in which virtually all direct actions are brought in the General Court (with a right of appeal to the Court of Justice) while all, or virtually all, preliminary rulings are given by the Court of Justice.

⁴ Article 252 of the TFEU provides (as did Article 222 EC) that, should the Court of Justice so request, the Council, acting unanimously, may increase the number of Advocates General. See Declaration on Article 252 of the TFEU regarding the number of Advocates General in the Court of Justice, introduced at the request of Poland, according to which, if the Court requests that the number of Advocates General be increased by three, the Council will agree to that increase, and in that event Poland will have a permanent Advocate General as is already the case for Germany, France, Italy, Spain and the United Kingdom. There would thus be six “permanent” Advocates General (for the larger Member States) and five “rotating” posts for the smaller Member States.

1.3 *Radical Procedural Reforms?*

In the Court of Justice a significant package of procedural reforms was achieved before the great enlargement of 2004 and those reforms, together with the increased number of judges on enlargement, have enabled the Court to accelerate procedures and to rule more rapidly on references from national courts. There is also increased provision for more rapid procedures in urgent cases, but these procedures must be used sparingly because they lead to greater delays in other cases. The scope for further substantial procedural reforms seems limited. The issues have been examined intensively by external bodies, with participation by members and former members of the Court: notably, some years ago, in a study by the British Institute of International and Comparative Law and in major conferences such as that held at the Humboldt University in Berlin; and more recently, by the House of Lords EU Committee.⁵ Although the studies were authoritative, they did not seem to lead to significant practical results; and the House of Lords Committee reached the conclusion that procedural reforms did not provide a solution.

Further helpful reforms have recently been proposed by the Court of Justice and corresponding amendments to the Rules of Procedure are currently being considered by the Council.⁶ For example, the Court could be empowered to reject by way of reasoned order (rather than by judgment) appeals which are manifestly ill-founded. And where the answer to a question referred by a national court is *acte clair*, the Court could be empowered to decide by a reasoned order without being required, as at present, to consult the national court and the parties in advance. Such reforms would make modest savings of time and energy.

However, there may still be scope for other, possibly more substantial, reforms, to which perhaps insufficient consideration has hitherto been given. Let us turn to some ideas which might be pursued.

2 Ideas Which Might Be Pursued Further

2.1 *Simplification of Judgments*

Some judgments could be much simplified. In the case of appeals from the General Court, the use of reasoned orders could be developed. In the case of those direct actions still brought before the Court, a fully reasoned judgment is usually necessary; but this is a diminishing part of the Court's case-load, and the reasoning

⁵ The Workload of the Court of Justice of the European Union: House of Lords. European Union Committee, 14th report of session 2010–2011.

⁶ Since this text was completed, the Council has approved changes to the Rules, and the recast Rules of Procedure [2012] have been adopted.

should be confined to those parts of the case which, in the view of the Court, determine its outcome.

The greatest scope for simplifying judgments is on References. Here, indeed, a judgment as such is not formally indispensable; the Court is required to “rule” (“*statuer*”). But of course the Court’s response, in whatever formal guise, must be adequately reasoned. Indeed, current academic criticisms of the Court seem increasingly to focus on inadequate reasoning—a feature which may sometimes be the product of the Court’s increasing case-load.

One rather straightforward suggestion which has been advanced with the aim of simplifying judgments is that in appropriate cases the Court should simply refer to, and in effect adopt, the Opinion of the Advocate General; that could be done in the not infrequent case where the Court in substance agrees with the substance of the reasoning. This method was in fact attempted by some judges in the past, but was not accepted at that time. It was also proposed by the Rules Committee, which had the task of reviewing the entirety of the Court’s procedures and working methods before the great enlargement of 2004. One practical objection, that the Court might not find it possible to endorse every detailed aspect of the Opinion, could be readily overcome by the use of a formula making it clear that the Court was endorsing the substance of the reasoning.

The method proposed would seem to have several considerable advantages. Obviously it could save a very great amount of work for the judges, and would also lead to a far more rapid outcome of the proceedings. In addition the Opinion, being the product of one mind, might be clearer and more coherent than a collective judgment can generally aspire to be. Moreover the method proposed would obviate the difficulty which arises under the present system where there are minor differences between Opinion and judgment. Under the present system, legal certainty may be affected, and there may be argument, both in applying the ruling and in future cases, whether, and to what extent, the Court in fact intended to depart from the Opinion.

A further advantage of the proposal is that it could be adopted simply by a change in the Court’s practice. And it would reduce both the volume of case-law, and the burden of translation into more than 20 languages.

None of this should be taken to warrant more lengthy and more detailed Opinions; on the contrary, as with judgments, it would be desirable to shorten Opinions where possible; and perhaps even to introduce a target maximum length for Opinions, to be exceeded only in the most exceptional cases.⁷

⁷ It appears that the Advocates General have recently informally agreed among themselves that Opinions will not exceed 40 pages. That seems a satisfactory outcome.

2.2 Other Reforms of the Judicial System

A more fundamental question is how the very role of the Court of Justice might evolve. Hitherto, the Court has been concerned to ensure the uniform interpretation and application of a system of law which, while very broad in its scope, is primarily economic. In that way the Court has made a vital contribution to the internal market and other economic policies of the Union. In the future, with the wider conception of the Union in the Lisbon Treaty and the broader jurisdiction which the Court of Justice is given, the Court's function may be different.

Its function will also be more difficult. There will be no straightforward guide, as has been the case with economic law, such as the goal of market integration. The new areas may be more sensitive, and more controversial. There may even be more questions about the legitimacy of the Court.

In any event, I would suggest that, in the new areas falling within the Court's jurisdiction, especially in the Area of Freedom, Security and Justice, the need for a strictly uniform interpretation may be less than it has been in the classical economic fields which have until now been the chief domain of the Court's case-law. It may seem at first sight paradoxical, but it seems nonetheless to be true, that the more fundamental is the issue to be resolved, the greater is the need to recognise some diversity, in part reflecting legal, social and cultural diversity in Europe; that diversity has also increased with successive enlargements of the Union. A clear example of this need for diversity is the use by the Strasbourg Court under the European Convention on Human Rights of a "margin of appreciation" which, precisely in the area of fundamental rights, provides for some flexibility in the application of the Convention in the States parties to the Convention. The Court of Justice too has shown some recognition of the need for a more flexible approach in that context, as when in the *Omega* case, departing from its traditional insistence on uniformity in internal market law, it accepted that fundamental rights could be understood differently in different Member States.⁸ So the question may increasingly arise, as a prior question of principle, whether a strictly uniform interpretation is required, or even whether an answer is necessary at all at the current stage of development of the law.

It might indeed be useful to consider a somewhat different scheme for references from national courts, under which not all questions would necessarily be answered, and some questions might be left to be answered by the national courts themselves. (There would be no change, however, for direct actions, since there the Court of Justice and the General Court are alone competent.) The new approach to references could best be accommodated by some variant of the "green light" system, an outline of which is as follows.

⁸ Case C-36/02 *Omega v Bonn* [2004] I-ECR 9609. See also Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* which in addition refers to respect for national identity.

Essentially a national court, when making a reference, would state its own provisional answer to the question or questions it refers.⁹ This would make it unnecessary for the Court to rule on every reference from national courts: it would rule on some references, but on others, after an abbreviated procedure, it would give the national court the “green light” to decide the case itself.

Several variants of such a system can be imagined. Perhaps the most satisfactory variant would have the following features: the national court would be encouraged, but not required, when making a reference, to state its own proposed answer; the procedure would continue as far as written observations from the parties, Member States and Union Institutions; the Court would decide, at that stage, whether to give the green light, or possibly simply to state that it was unnecessary to rule on the question(s) referred. The green light, if given, would not imply that the Court of Justice endorsed the view of the national court, but only that it did not regard that view as objectionable. The decision on the green light might be taken at the Court’s weekly “general meeting”, which is attended by all Advocates General and all judges.

This is not the place for a full discussion of the green light system and its variants. It is perhaps sufficient to point out that such a system, depending on the detail, might again have substantial advantages. In particular, it might make it possible for the Court of Justice to select the cases which were both sufficiently important, and ripe for judgment. The Court could give priority, for example, to cases where there were genuine issues of fundamental rights; or where a ruling was necessary to uphold the rule of law; or where there was a serious problem arising from divergent standards in different Member States. The Court could decline to rule on issues of secondary importance. That might in turn encourage national courts to select the most appropriate cases in which to make a reference—not always the practice at present.

There might be other practical advantages. The answer proposed by the national court might sometimes make it clearer what was truly in issue in the national court proceedings. The proposed answer might assist the task of the parties and of the Member States and Institutions in presenting their observations. It might also simplify the task of the Court of Justice in deciding the case.

The method would preserve the right of all courts to continue to refer to the Court of Justice even if in some instances they did not get a ruling from the Court. That might be preferable to other solutions which would limit the right to refer.

⁹ It is of interest that the Court of Justice has recently introduced in its Rules of Procedure, and precisely in the Area of Freedom, Security and Justice (although only in the context of an exceptional procedure) a requirement for the national court to indicate the answer it proposes to the questions it refers: see Article 104(b) of the Rules of Procedure. The provision is not there intended to introduce the green light system: the Court will give its own ruling. Nevertheless the national court’s proposal may well simplify the procedure, and may also simplify the Court’s task. Moreover, experience with this new approach may prove useful in assessing the prospects of introducing the green light system. More generally, the Court’s note for the information of national courts invites national courts to include, in their references, their own view of the answers to the questions referred, but in practice this is relatively rarely done.

It might enable the Court to cope with its increasing case-load and to decide cases within a reasonable time, while avoiding the need to increase the membership of the Court or to transfer cases to the General Court.

It would make it possible for cases to be decided by a larger and more representative number of judges, and for judgments therefore to be less hesitant, or possibly inconsistent, and more authoritative.¹⁰

It could be done without amending the Treaty; contrary to some suggestions, the fact that the Court of Justice has jurisdiction under the Treaty to rule on references from national courts does not oblige the Court to rule on every question referred.

It might avoid a proliferation of excessively detailed, technical and complex case-law, which risks becoming unmanageable for the user and for the Court itself.

It would leave national courts free to develop, where necessary or desirable, alternative lines of case-law; where they diverged too far, and where uniformity was truly required, the Court of Justice could intervene in a subsequent reference—or the legislature could intervene to amend the legislation.

National courts would have access to information, where the Court of Justice did not give a ruling, about the approach of courts in other Member States: they, and practitioners, would be able to read on the Court's website references from other courts, with translations into their own language.

2.3 Further Ideas (In Outline Only)

2.3.1 Hearings

Some dissatisfaction with hearings at the Court of Justice has long been apparent, both among members of the Court and among advocates. But hearings are necessary, not least in References, where they provide the only opportunity to reply to the written observations of other participants, since written observations in References all have to be submitted at the same time. Strict time limits are imposed on oral presentations. Could better use be made of the limited time available? There seem to be several ways in which the hearing might be made more relevant, and perhaps also more interesting. (1) The Court might give more emphatic general guidance in advance to advocates on the purpose of the hearing: its essential purpose is not to re-argue the case, but to reply to any outstanding points. (2) The Court, with the advice of the Judge Rapporteur and the Advocate General, could also give more specific guidance in advance to the parties, e.g. on

¹⁰ See for example Lorna Woods, Consistency in the chambers of the European Court of Justice: A case study on the free movement of goods, *Civil Justice Quarterly* 2012, p. 340.

what points to address.¹¹ (3) More radically, when an important new point arose, expert organisations could be allowed to address the Court, even though they were not parties in the previous proceedings (as is now the practice in some national supreme courts and in the European Court of Human Rights). That might introduce some important dimensions to assist the Court, and possibly improve the level of debate. To allow for contributions by such bodies would not be difficult to arrange: they would be alerted to the case by its announcement in the Official Journal or otherwise; they could apply to be heard (at the oral hearing only); and the Court would decide whether to accept their application. Other participants at the hearing would of course have a right of reply.

2.3.2 Appointment of Members

The method of appointment of Members of the Court, previously left to the discretion of governments, was greatly improved by the Lisbon Treaty, which introduced by Article 255 TFEU the panel established to assess candidates nominated by the Member States and to give an opinion on their suitability to perform the duties of Judge and Advocate General. This procedure seems already to have had beneficial effects. A serious problem remains, however, because of the relatively short six-year term. Some Member States take the view (rightly, it may be thought) that it would be constitutionally improper not to re-nominate a sitting Member who remains qualified for the post. Not to do so would seem to raise a serious question about judicial independence. Yet one Member State has long made it a practice (obviously to its own disadvantage) to systematically nominate a new candidate as Judge at the end of each term. And it now appears that some of the newer Member States consider it appropriate, at the end of a six-year term, to organise a competition in which new candidates compete with the sitting Member.

In principle, the very system of renewable appointments may also be criticised on grounds of judicial independence. Such renewable appointments have been superseded, both at the *Bundesverfassungsgericht* and at the European Court of Human Rights, by a single, longer term. But a single term of nine years, as in Strasbourg—and then only as a maximum, because some might leave sooner—would be rather short at the Court of Justice, where a rather long “running-in” period is normally necessary; where experience and institutional memory are of some importance; and where frequent changes of personnel greatly disrupt the judicial calendar. Yet, if there were to be a single term, Member States might not accept a term of more than nine years.

¹¹ [Article 61(2) of the new [2012] Rules of Procedure should prove helpful on this point; it provides: “Where a hearing is organised, the Court shall, in so far as possible, invite the participants in that hearing to concentrate in their oral pleadings on one or more specified issues.”].

It may therefore be preferable to keep the renewable six-year term, with the simple addition that where a Member State nominates a new candidate the issue is automatically raised of the reasons for not renewing the sitting Member.

A separate question arises where a Member of the Court is limited, by the collective practice of the Member States, to a single six-year term (as is currently the practice with three of the eight Advocates General, with the idea that those three posts should rotate among the smaller Member States). If the current suggestion for increasing the number of Advocates General is accepted, there will be no fewer than five Advocates General (out of a total of eleven) who will be limited to a single term.¹² Such an arrangement seems clearly unsatisfactory from the viewpoint of maintaining the quality, stability, continuity and coherence of the work of the Court. Similar concerns seem likely to arise if, as has been envisaged, additional judges appointed to the General Court were also to be limited to a single term.

A better solution, if the need is admitted to have a system of rotation, would be for “rotating” Members to be appointed for *two* successive six-year terms.

3 Conclusion

Albert Einstein said that he never thought about the future: it comes soon enough.¹³ Certainly, attempts to look ahead should be limited; and this brief account is intended merely to provoke discussion on some limited and, it is hoped, positive suggestions for assisting the Court to continue to fulfil its perhaps increasingly difficult task of ensuring the observance of the law in the European Union.

¹² See Declaration no. 38 on Article 252 TFEU regarding the number of Advocates General in the Court of Justice, note 4 above.

¹³ Interview, Belgenland 1930.

The National Judge as Judge of the European Union

Nial Fennelly

Abstract The national judge is the first judge of the European Union. The early decisions of the Court favoured private enforcement of rights by individual action. This decentralised judicial power to courts of the Member States, exercising national procedural autonomy. This policy obviated the need for a separate system of EU courts. The national courts have the task of providing effective judicial protection for individuals under EU law; they are under a duty to apply EU law of their own motion; to interpret relevant national law in conformity with it; to apply provisions which have direct effect, according them primacy over conflicting provisions of national law. This includes holding the State itself liable. When necessary for their decisions, they have power to make references for preliminary ruling to the Court of Justice. The national courts, in a dynamic co-operation with the Court of Justice have contributed to the establishment of the *acquis communautaire*, the promotion of respect for the rule of law and for fundamental human rights at Union level and in the Member States.

The legal and judicial component of the *acquis communautaire* is a European Union legal order¹ whose “essential characteristicsare in particular its primacy over the laws of the Member States and the direct effect of a whole series of its provisions...”²

Judge of the Supreme Court of Ireland, Advocate General at the Court of Justice from 1995 to 2000.

¹ Opinion 1/09, para 80.

² Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079, para 21.

N. Fennelly (✉)
Supreme Court of Ireland, Dublin, Ireland
e-mail: NialFennelly@courts.ie

The treaties and the laws made by the institutions conferred rights and imposed obligations on the Union institutions, the Member States and individuals.³ They constituted an independent corpus of law of the European Union,⁴ but they needed to be respected and effectively applied.

The Court of Justice⁵ had neither the power nor the means of giving them effect. An effective judiciary, with constitutionally guaranteed independence, was indispensable for the performance of that task. From an early date, in its judgment in *Van Gend en Loos*,⁶ the Court enlisted the national judges to do so. The Court favoured private enforcement by means of actions by individuals and thus decentralised judicial power to the courts of the Member States.⁷ There was no need to establish a separate system of EU courts. Citizens, assisted by the ingenuity and tenacity of their lawyers, were brought into direct contact with EU law, before their own courts and in their own language.

The means by which the national judge exercises this power is the subject of this paper.

The national judge is the first judge of the European Union.⁸ Furthermore:

*Community law remains a dead letter if it is not properly applied in the Member States, including by national judges, who are the keystone of the European Union judicial system and who play a central and indispensable role in the establishment of a single European legal order... ..*⁹

He or she¹⁰ hears the evidence, finds the facts and decides any relevant questions of national law. He also decides any question of EU law, save where he decides that the outcome of the case depends on such a point to which the answer is not clear and that it should be referred to the Court of Justice¹¹ for preliminary ruling pursuant to Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union.¹²

³ Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich v Italy* [1991] ECR I-5357.

⁴ Hereinafter usually “EU law.” The term “Community law,” may be used to avoid anachronism.

⁵ Hereinafter, sometimes the ECJ or “the Court.”

⁶ Case 26/62 *NV Algemene Transport—En Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR I.

⁷ See Craig 1992

⁸ European Parliament Resolution of 9 July 2008 on the role of the national judge in the European judicial system (2009/C 294 E/06) O.J. C 294 E27 3 December 2009.

⁹ See above, fn. 8.

¹⁰ From now on, I use the masculine which includes the feminine.

¹¹ Hereinafter usually abbreviated to ECJ.

¹² Hereinafter TFEU.

1 Origin and Constitutional Nature of the Role of the National Judge

Save for the mechanism for preliminary ruling, the founding Treaty Establishing the European Community did not assign any role to the courts of the Member States. A reader of the Treaty in 1958 could not have foreseen the immense contribution they would make to the construction of the European Union legal order.

The task of the Court of Justice as formulated by Article 164 EEC and now by Article 19 TEU, is to “*ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed.*”

Article 177 EEC, [Article 267 TFEU], created the mechanism whereby the ECJ gives preliminary rulings on matters of interpretation of the treaties and the validity and interpretation of acts of the institutions. The ECJ built the structure of the Union legal order on the foundation of this treaty provision.

The Court declared in *Van Gend en Loos* that the Community established by the Treaty constituted a “*new order of international law.*” More practical in its effect was its declaration that the “*subjects... [of the new order]... comprise not only the Member States but also their nationals*” from which it followed that “*Community law has an authority which can be invoked by individuals before [their national] courts and tribunals.*”

The Court added in *Costa v ENEL*¹³ that the Treaty had “*created its own legal system which... ..became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply.*”

These statements have come to stand for three primary founding principles:

- Firstly, the entire corpus of EU law enters into and becomes an integral part of the laws of the Member States on at least an equal footing with national law;
- Secondly, EU law is capable, depending on its terms, of creating rights for the benefit of individuals which they have the right to invoke directly before their courts;
- Thirdly, those courts are under an obligation flowing directly from EU law to apply that law and to protect the rights so guaranteed to individuals.

These propositions effect a revolutionary transformation of the constitutional role of the national judge. EU law has nothing to say about the appointment, qualifications, conditions of service or terms of office of national judges. Each judge is the creature of and is at first answerable to his national law and constitution.

As judge of the European Union, however, every national judge is under a duty to protect the rights of the individual citizen under EU law, a duty which may extend to the granting of relief against the State which appointed him and extend to declining to apply national law and, what is more, to do so by reference to an independent system of law.

¹³ Case 6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585, at p. 593.

2 The Task of the National Judge; Giving Effect to European Union Law

The national judge administers justice at the intersection between two systems of law. He acts simultaneously as judge under national law and under EU law. His task will need to resolve conflicts between the two systems. To assist him, EU law lays down rules and guiding principles. These ways and means of giving effect to EU law are principally:

- direct effect of EU law;
- primacy of EU law over any conflicting provision of national law;
- conforming interpretation of national law which implements EU law;
- national procedural autonomy;
- the duty to apply EU law of his own motion;
- provision of effective judicial protection for rights under EU law;
- State liability;
- power to make a reference for preliminary ruling.

3 Direct Effect

The principle of direct effect is the key instrument devised by the ECJ for ensuring the effectiveness of EU law. It has, beyond any doubt, been the principal legal driving force in the direction of European integration. By its very nature it engages the national judge in its application.

From *Costa v ENEL* it is clear that the entire body of EU law, commencing with the treaties and comprising all acts such as regulations, directives and decisions as well as general principles of EU law developed by the ECJ, becomes “*an integral part of the legal systems of the Member States...*” and is cognisable by the courts of the Member States.

A particular provision of EU law may be held to have direct effect in the sense that, when properly interpreted, it confers rights that may be invoked by individuals before the courts of the Member States. Where EU law confers rights, those courts have a duty to protect them. This is how the national judge, in applying the principle of direct effect, is the first judge of EU law. The claim is brought before the national court, because that is the only forum having jurisdiction which an individual (which, as in *Van Gend en Loos*, includes bodies corporate) is able to invoke against another individual or body corporate, very frequently the State. If the provision has direct effect, the national judge does not wait for the Commission to bring an infringement action against the State. He is bound to provide immediate and direct protection for the rights of individuals.

In *Van Gend en Loos*, the ECJ ruled that a provision could have direct effect if it was “sufficiently clear and unconditional.” The test has subsequently been reformulated as requiring that the provision at issue be “unconditional and sufficiently precise.”¹⁴

In *Reyners*,¹⁵ the Court held that Article 52 EEC [Article 49 TFEU] on freedom of establishment was “by its essence, capable of being directly invoked by nationals of” the Member States and that it “imposed an obligation to obtain a precise result.”¹⁶ In the case of directly applicable provisions such as regulations, the Court said in *Simmenthal II* that “provisions are therefore a direct source of rights and duties for all those affected thereby, whether Member States or individuals, who are parties to legal relationships under Community law.”¹⁷

The national judge may be required to apply the principle of direct effect in respect of provisions of the treaties, of secondary legislation, including directives (in case of failure to transpose within the time specified) of international agreements and of decisions. Individual provisions of directives may also be held to have direct effect in an action by an individual against a Member State pursuant to the doctrine that a Member State may not seek to impose on an individual a provision of its own law which is incompatible with a directive which the State has, through its own fault, omitted to implement. A Member State may not rely on its own failure to perform its obligations.¹⁸

The primary question as to whether a particular provision is “sufficiently clear and precise” is frequently a matter of fine judgement. Where the answer is not obvious, the national judge will usually decide to refer questions to the ECJ for preliminary ruling.

The national judge may also have to consider whether a provision of EU law satisfies the second criterion for direct effect, namely that it is unconditional. In *Defrenne v Sabena*,¹⁹ the Court made a distinction in this regard: some aspects of the treaty provisions on equal pay for men and women were capable of having direct effect, such as where there were in force legislative provisions or collective labour agreements leading to unequal pay for equal work; in other cases, the elimination of all discrimination would depend on the adoption of appropriate implementing measures at Community and national level.

The state-aid articles of the Treaty have only limited direct effect. In *Costa v ENEL*,²⁰ the Court held that, pursuant to Article 93 EEC [Article 108 TFEU], the

¹⁴ Case 148/78 *Pubblico Ministero v Ratti* [1979] ECR 1629 at 1642; Case 8/81 *Becker v Finanzamt Munster-Innenstadt* [1982] ECR 53.

¹⁵ Case 2/74 *Reyners v Belgium* [1974] ECR 631.

¹⁶ Paragraphs 25 and 26 of the judgment.

¹⁷ Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.a.* [1978] ECR 629, para 15.

¹⁸ *Becker*, already cited (fn. 14), para 24.

¹⁹ Case 43/75 *Defrenne v SABENA* [1976] ECR 455.

²⁰ Already cited (fn. 13).

Member States had “*entered into an obligation with the Community, which binds them as States but creates no individual rights...*” The Commission has exclusive competence to decide whether national measures constitute state aid. On the other hand, the courts of the Member States are obliged to enforce the standstill provision in Article 108(3) TFEU,²¹ by restraining the introduction of state aid in the absence of compliance with the notification procedure laid down by the Treaty.

The Irish Supreme Court recently had to judge a question of direct effect arising from the current financial and economic crisis. Ireland had duly notified to the Commission a scheme for the acquisition at a reduced value by a special state agency of the benefit of “impaired loans,” which had been made by banks to property developers before the burst of the property bubble. The Commission, following investigation, decided to “raise no objections,” and did not open the procedure under Article 108(2). A group of companies objected to the acquisition of the loans which they owed to banks and relied on parts of the Commission decision, claiming that the loans were not “impaired” and that the decision had direct effect.²² The Supreme Court held that the essence of the decision was that the Commission had decided that it would not open any state-aid investigation; thus the Commission had made no decision capable of having direct effect.²³

4 Primacy of Union Law

The logical corollary of the principle of direct effect is that provisions of EU law take precedence over any inconsistent provisions of national law. It is this principle, sometimes called the principle of supremacy, which carries the greatest constitutional implications, limiting, as it does, the sovereignty of the legal systems of the Member States.

The principle of primacy of EU law, though not stated, was inherent in or at least was a consequence of the Court’s judgment in *Van Gend en Loos*. It would be impossible for two systems of law simultaneously to have equal force, without some rule for the resolution of potential conflict. Equally, it would be pointless for EU law to have full force and effect in the laws of a Member State, if any inconsistent rule or any subsequently enacted national law could override it.

These issues were comprehensively considered both at the Italian national level and at the level of the Court of Justice in *Costa v ENEL*. The Court declared that:

The transfer by the states from their domestic legal system to the Community legal system of the rights and obligations arising under the Treaty carries with it a permanent

²¹ Case 78/76 *Steinike & Weinlig* [1977] ECR 595, para 14; Case C-119/05 *Ministero dell’Industria, del Commercio e dell’Artigianato v Lucchini*, [2007] ECR I-6199.

²² Reliance was placed on Case 9/70 *Grad v Finanzamt Traunstein* [1970] ECR 825.

²³ *Dellway Investments & ors v NAMA & ors* [2011] IESC 4, judgment of Fennelly J, *nem. diss.*

*limitation of their sovereign rights, against which a subsequent unilateral act incompatible with the concept of the community cannot prevail.*²⁴

*Simmenthal II*²⁵ contains the earliest complete and definitive statement that the principle of precedence of EU law “renders automatically inapplicable any conflicting provisions of current national law.” It follows that “every national court must... ..apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals and must accordingly set aside any provision of national law which may conflict with it, whether prior or subsequent to the Community rule.”²⁶

The Court resolved any possible lingering doubts about the scope of the principle of primacy of EU law when it held that the validity of a Community measure could not be questioned, not only by reference to provisions of ordinary national law, but even by reference to fundamental rights protected by the Constitution of a Member State.²⁷

Faced, therefore, with a national law which is established to be incompatible with a provision of EU law, the duty of the national judge is to decline to apply the former.²⁸ According to *Simmenthal II*, any conflicting provision of national law is “automatically inapplicable.” Thus, the national judge must set it aside.

The ECJ does not, however, adjudicate on the validity of national law: the national judge is not required to annul conflicting national laws and a law may continue to be applied to matters outside the field of EU law. This distinction may present difficulty in its application. In one case,²⁹ the Court of Justice held a system imposing levies on pigmeat producers to be incompatible with the common organisation of the market in pigmeat, but only insofar as the levies were used to fund payment of bounties on the sale of bacon. It was for the national court to determine the extent of the reimbursement of levies already unlawfully collected. In national law, however, it was not possible to sever the lawful from the unlawful purposes of the orders. National law obliged the court to annul the impugned rules in their entirety.³⁰

²⁴ Already cited (fn. 13). See p. 593 of the judgment.

²⁵ Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.a.* [1978] ECR 629, paras 14–22 of the judgment.

²⁶ In Case C- 213/89 *Factortame* [1990] ECR I-2433.

²⁷ Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] 1125.

²⁸ In Case 249/85 *Albako v BALM* [1987] ECR 2345, the Court said it was to *refrain from applying* “inconsistent national rules.

²⁹ Case 177/78 *Pigs and Bacon Commission v McCarren & Company* [1979] ECR 2161.

³⁰ *Pigs and Bacon Commission v McCarren* [1981] I.R. 451 at 470.

5 Conforming Interpretation

In accordance with a principle, which is frequently called “indirect effect,” national courts are obliged, when interpreting national law, to bear in mind, where relevant, the objectives of the measure of Union law which it implements.³¹ The Court of Justice explained in its judgment in *Marleasing*³² that:

in applying national law, whether the provisions in question were adopted before or after the directive, the national court called upon to interpret it is required to do so, so far as possible, in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result pursued by the latter and thereby comply with the third paragraph of Article 189 of the Treaty.

In *Pupino*,³³ the Court of Justice extended the obligation of conforming interpretation to framework decisions adopted under the non-Community pillars of the Treaty.

This is a far-reaching obligation, and it is not always easy to apply.³⁴ It requires the national court, where necessary, to “consider the whole of national law in order to assess how far it can be applied in such a way as not to produce a result contrary to that envisaged by the [EU measure].”³⁵

The obligation of the national judge to interpret in conformity with EU law is not without limits. It applies only insofar as the words of the national law make it possible to do so; the court is not required to act *contra legem*. It is also limited by “general principles of law, particularly those of legal certainty and non-retroactivity.”³⁶

Once the national judge finds himself, by virtue of the principle of conforming interpretation, engaged in interpreting provisions of EU law, he must also observe the principle of purposive interpretation. At least, the judge will need, in accordance with *Van Gend en Loos*, to consider the “spirit, the general scheme and the wording” of the EU law provisions in question. But that may not be a simple matter. The judge can scarcely be required, as the ECJ does, to consider the EU texts in their different language versions.³⁷ At most, a national judge might, where the meaning of that text is unclear, consider versions in languages with which he is familiar.

³¹ Originally laid down in Case 14/83 *von Colson and Kamann* [1984] ECR 1891, para 15.

³² Case C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135.

³³ Case C-105/03 [2005] ECR I-5285.

³⁴ In *Minister for Justice Equality and Law Reform v Bailey* [2012] IESC 16, the Irish Supreme Court refused to surrender the appellant to France because Irish law, though not the Framework Decision on the European Arrest Warrant, required that a decision to try him should already have been made in France.

³⁵ *Pupino*, para 47 of the judgment.

³⁶ *Pupino*, paras 44 and 45; see Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02 *Berlusconi and others* [2005] ECR I-3565.

³⁷ In Joined cases C-267/95 & C-268/95 *Merck & Co v Primecrown Ltd* [1996] I ECR 1-6285, the Court referred to “other criteria of interpretation,” where there was divergence in the different language versions. In Case C-72/95 *Kraaijeveld v Geteputeerde Staaten van Zuid-Holland* [1996] ECR I-5403, paras 53–61, the Court considered all eleven of the then Community languages.

6 National Procedural Autonomy

The principle of national procedural autonomy is the means by which claims under EU law benefit from but are also subject to national rules. It is a matter for national law to establish courts with jurisdiction to provide remedies under national law and to lay down procedural rules and time limits for the pursuit of claims arising from EU law. EU law, other than for certain specific cases (one of which is public procurement), prescribes no rules.

The principle of national procedural autonomy comprises two requirements: the principle of equivalence of treatment of national and EU law claims and the principle of effectiveness.³⁸

The Court has expounded the principles as follows³⁹:

it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from Community law, provided, first, that such rules are not less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence) and, secondly, that they do not render virtually impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Community law (principle of effectiveness)

It follows, of course, that the form and conditions of remedies, such as time limits for bringing claims, vary from state to state.⁴⁰ Whether or not a particular rule is acceptable depends on examination of the entirety of the context. In every case, the question of whether the national rule infringes the principle of effectiveness “*must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances.*”⁴¹ In that case, disagreeing with the Advocate General, the Court held that a time limit which had the effect of preventing the national court from raising of its own motion a Community-law point outside the period permitted by national law was inconsistent with Community law.

In the first instance, it is the task of the national judge, by applying the carefully balanced test, to decide whether the particular national rules are within the permitted scope of national procedural autonomy or whether they infringe EU law.

³⁸ Cases: Case 45/76 *Comet v Produktschap* [1976] ECR 2043; Case 33/76 *Rewe v Landwirtschaftskammer Saarland* [1976] ECR 1989 para 8; Case 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* [1983] 3595 para 12; C-208/90 *Emmott* [1991] ECR I-4269 para 16; C-9/90 *Francovich and others* [1991] ECR I-5357; *Peterbroeck*, cited below (fn. 41), para 12.

³⁹ Case C-255/00 *Grundig Italiana Spa v Ministero delle Finanze* [2002] ECR I-8003.

⁴⁰ *Emmott*, already cited (fn. 38), para 17.

⁴¹ Case C-312/93 *Peterbroeck* [1995] ECR I-4599, para 14. In the French version, “its progress” is better rendered as “*son déroulement*.”

7 Applying EU Law of the Court's Own Motion

Closely associated with the principle of national procedural autonomy is possibly the most elusive of the various rules developed by the ECJ for the guidance of national judges. That is the possibility that a national judge may be required *ex officio*, i.e., of his own motion, to take cognisance of and to rule upon an issue of EU law.

National rules on the point vary greatly. Courts practising an adversarial system, as is the case in countries of the common law, are unaccustomed to raise legal points of their own motion. Ordinarily, they rely exclusively on the parties before them and their lawyers to advance points of law in support of their arguments. It is only questions of the court's own jurisdiction or serious matters of public policy or morality which are likely to call for the court's spontaneous intervention. In some Member States, however, it appears that the courts raise all points of substantive law of their own motion.⁴²

The ECJ has made no exhaustive statement of the situations where a national court must act of its own motion, but has identified some particular instances.

No national rule, even one laid down by the national constitution,⁴³ can preclude a national court from deciding at its discretion and of its own motion to "*refer a case for a preliminary ruling...*"⁴⁴ The ECJ has held that a national court is bound to investigate of its own motion whether there is an unfair term in a consumer contract which provides for exclusive jurisdiction at a place other than the consumer's place of abode.⁴⁵

It is settled case law that a national judge's duty to give full effect to EU law requires him, to refuse "*if necessaryof his own motion to apply any conflicting provisions of national legislation...*"⁴⁶ Once inconsistency is established, this result seems inevitable. It does not necessarily oblige the judge to seek out instances of inconsistency.

The most general statement of the rule suggests that it is an aspect of the first of the conditions governing the limits of national procedural autonomy. It is that, where, "*by virtue of the domestic law, courts or tribunals must raise of their own motion points of law based on a binding domestic rule which had not been raised by the parties, such an obligation also exists where binding Community rules are concerned.*"⁴⁷

⁴² This is the case in Poland. See "*When must national judges raise European law issues of their own motion?*" *Tadeusz Erecinski* ERA Forum Vol 11 Number 4 February 2011

⁴³ Case C-188/10 *Melki* [2010] ECR I-5665.

⁴⁴ Case 166/73 *Rheinmühlen v Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] ECR 33, cited in the judgment of the Court in *Peterbroeck*, para 13.

⁴⁵ Case C-137/08 *VB Pénzügyi Lizing Zrt v Ferenc Snyder* [2010] ECR I-10947

⁴⁶ Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.a.* [1978] ECR 629, paras 24 and 26.

⁴⁷ Cases C-430/93 and C-431/93 *Van Schijndel and van Steen v SPF* [1995] ECR I-4705, para 13; Case C-2/06 *Kempter* [2008] ECR I-411.

Where the pre-condition is met, some cases suggest that potentially demanding obligations may fall on the national judge. The *Kraaijeveld* judgment suggests, for example, that the national court should “*examine of its own motion whether the legislative and administrative authorities of the Member State [had] remained within the limits of their discretion,*” when transposing EU law and setting the limits for requiring an environmental impact assessment of a project concerning the modification of dykes.⁴⁸

8 Effective Judicial Protection: National Remedies

The two rules of the principle of national procedural autonomy may not in all cases be sufficiently effective to serve the purpose of protection of rights derived by individuals from EU law.

In the 1980s the Court began to develop a notion of “*a complete system of legal remedies.*”⁴⁹ In *Johnston v Chief Constable of the RUC*,⁵⁰ where an executive decision prevented a woman police constable, without recourse to a court, from carrying arms in the course of her duty, the Court held that persons aggrieved by actions of national authorities impinging on their rights under Community law are entitled to “*an effective remedy in a competent court against measures which they consider to be contrary to the principle of equal treatment for men and women...*”

Most strikingly, in *Factortame I*, the House of Lords said that it had no power under English law to grant an interim injunction pending the making of a reference to the Court of Justice where such an order would restrain the operation of a UK statute against the operators of sea-fishing vessels for breaches of national rules. The matter was referred to the ECJ which held that any:

... ..judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent, even temporarily, Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements, which are the very essence of Community law...⁵¹

Although the national judge cannot be required to make law or to establish a court, on one view, this decision required the UK court to do something not hitherto possible under English law. The national judge is required to exercise the

⁴⁸ Case C-72/95 *Kraaijeveld v Geteputeerde Staaten van Zuid-Holland* [1996] ECR I-5403, paras 53–61.

⁴⁹ Case 294/83 *Les Verts v Parliament* [1986] ECR 1339, para 23.

⁵⁰ Case 222/84 [1986] ECR 1651.

⁵¹ Case C-213/89 *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd* [1990] ECR I-2433, para 20.

jurisdiction conferred upon him by national law to the greatest extent possible so as to enable the court to give effective protection to rights conferred by EU law.

If the deficiency in national remedies consists in the absence of any court capable of exercising the jurisdiction required by Union law, it would fall to the Commission by means of an infringement action to require the Member State to remedy the matter.

9 Effective Judicial Protection: Validity of Union Acts

The involvement of national courts is not necessarily limited to facilitating the implementation of direct effect in claims before them. The ECJ became conscious of the fact that the treaties did not always provide an effective means for individuals wishing to challenge the validity of acts of the institutions. It was in this context that the ECJ made its celebrated pronouncement in *Les Verts*⁵² that the Community is:

... based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question of whether measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty.

It proclaimed that:

...the Treaty has established a complete system of legal remedies and procedures designed to ensure judicial review of the legality of acts of the institutions, and has entrusted such review to the Community Courts...

The Court devised a solution in *Foto-Frost* to remedy the limited access for individuals before the ECJ or the Court of First Instance.⁵³ It held that courts of the Member States did not have power to declare Community acts invalid. That would place in jeopardy the consistency of the Community legal order. The remedy was to be that national courts might, as was indeed envisaged by Article 177 EEC [267 TFEU], refer to the ECJ questions as to the validity of Community acts. The national courts might “*consider the validity of a Community act and, if they consider that the grounds put forward before them by the parties in support of invalidity are unfounded, they may reject them, concluding that the measure is completely valid.*”

However, the national court might refer the question of validity to the ECJ. The “*possibility for individuals to have their rights protected by means of an action before the national courts, which have the power to grant interim relief and, where appropriate, to make a reference for a preliminary ruling, ... constitutes the very essence of the Community system of judicial protection.*”⁵⁴ The underlying principle is that the Union is “*a Community based on the rule of law in which its institutions are subject to judicial review of the compatibility of their acts with the*

⁵² Already cited (fn. 49).

⁵³ Case 314/85 *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost* [1987] ECR 4199, para 15.

⁵⁴ Cases C-300/99 *Area Cova v Council* [2001] ECR I-983; C-301/99 *Area Cova v Commission* [2001] ECR I-1005, order of the Court.

*Treaty and with the general principles of law which include fundamental rights.*⁵⁵ The preliminary reference mechanism could, in this indirect way, involve the national courts in the review of validity by the ECJ of legal acts of the institutions.

It is not easy, however, to be confident that this objective can be achieved. There are very significant differences between procedural rules, particularly those providing for judicial review of administrative action, in the Member States. In order for any national court to be able to make a reference, it must have jurisdiction in respect of a national proceeding. An individual or corporate entity must be able to initiate a proceeding challenging the EU act in question, which, in turn, normally presumes some national implementing act capable of being judicially challenged. In some Member States, notably the United Kingdom, courts will permit judicial review of acts of EU law, even when there is no domestic implementing act, law or decision capable of being the subject of a challenge.

In the case of the Tobacco Advertising Directive of 1998,⁵⁶ separate proceedings were commenced respectively by the Federal Republic of Germany by way of direct action (Case C-376/98) and certain tobacco manufacturers by way of national litigation in the courts of England and Wales (Case C-74/99). In the latter case, the tobacco companies had applied for judicial review of “*the intention and/or obligation of the United Kingdom Government to give effect to the requirements of the Directive.*”⁵⁷ Although there was no national act, that sufficed to enable the judge to refer questions concerning the validity of the Directive.

It appears, to say the least, doubtful whether equivalent proceedings could be commenced in other Member States. The Court of First Instance in *Jégo-Quéré v Commission*⁵⁸ did not accept that the preliminary ruling procedure could be regarded as “*guaranteeing persons the right to an effective remedy enabling them to contest the legality of Community measures of general application which directly affect their legal situation.*”⁵⁹ The applicant had no right of action before the national courts, since the impugned regulation did “*not provide for the adoption of any implementing measures by the Member States.*”⁶⁰

Reacting to this potential lacuna in legal protection, the ECJ exhorts⁶¹ Member States to fill the jurisdictional gap:

⁵⁵ Case C-50/00 P *Unión de Pequeños Agricultores v Council* [2002] ECR I-6677, para 38.

⁵⁶ European Parliament and Council Directive 98/43/EC of 6 July 1998 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products. (OJ 1999 L 213 p. 9).

⁵⁷ Case C-376/98 *Germany v European Parliament and Council*; Case C-74/99 *Queen v Secretary of State for Health, ex p. Imperial Tobacco and others* [2000] ECR I-8419, para 2 of the judgment.

⁵⁸ Case T-177/01 *Jégo-Quéré v Commission* [2002] ECR II-2365.

⁵⁹ Paragraph 47 of the judgment.

⁶⁰ Paragraphs 39 and 45 of the judgment.

⁶¹ Case C-50/00 P, already cited (fn. 55).

Thus it is for the Member States to establish a system of legal remedies and procedures which ensure respect for the right to effective judicial protection.

Article 19(1) of the Treaty on European Union now requires the Member States to “provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law.” However, the Court had also ruled that:

In that context, in accordance with the principle of sincere cooperation laid down in Article 5 of the Treaty, national courts are required, so far as possible, to interpret and apply national procedural rules governing the exercise of rights of action in a way that enables natural and legal persons to challenge before the courts the legality of any decision or other national measure relative to the application to them of a Community act of general application, by pleading the invalidity of such an act.

This additional task for the national judge is to fashion, so far as possible, a procedure which will make it possible for litigants before the national court to challenge the validity of Union acts.

10 State Liability

The final potent weapon added to the armoury of the national judge by the ECJ is the power to award damages against a Member State which is found to have committed a breach of EU law resulting in loss or damage to individuals.

This remedy again crucially involves action by the national judge. It is essential to ensuring that individuals are enabled to enforce before national courts the rights conferred upon them by EU law. It is indispensable and it is “*inherent in the system of the Treaty*” that individuals who have suffered loss or damage as a result of the breach by a Member State of EU law should be entitled to recover compensation from that State.⁶² This specific remedy goes beyond the mere right to rely upon the principle of direct effect which, the Court says, “*is only a minimum guarantee and is not sufficient in itself to ensure the full and complete implementation of the Treaty...*”⁶³

In the case of loss or damage caused by the failure by a Member State to implement a directive, the condition for the imposition of this liability is that it is possible to deduce from the terms of the directive (if implemented) that it is intended to confer rights on individuals.⁶⁴

In cases where the complaint relates to a national legislative act passed within an area where Member States enjoy broad legislative discretion, the Court has devised a principle which demands that the national court pass judgment as to whether the

⁶² Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich v Italy* [1991] ECR I-5357.

⁶³ Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029, para 20.

⁶⁴ *Francovich*, already cited (fn. 62), para 40.

breach of Union law is “*sufficiently serious*.” This question is whether the Member State has “*manifestly and gravely disregarded the limits on its discretion*.”⁶⁵

The national court exercises its jurisdiction subject to the limits of its national procedural autonomy. It has “*the sole jurisdiction to find the facts in the main proceedings and decide how to characterise the breaches of Community law at issue...*”⁶⁶ It is provided with the following guidance which, in effect, serves to emphasise the difficulty of the task:

*The factors which the competent court may take into consideration include the clarity and precision of the rule breached, the measure of discretion left by that rule to the national or Community authorities, whether the infringement and the damage caused was intentional or voluntary, whether any error of law was excusable or inexcusable, the fact that the position taken by a Community institution may have contributed towards the omission, and the adoption or retention of national measures or practices contrary to Community law.*⁶⁷

The task facing a national judge is not made any easier following the decision of the Court of Justice in *Köbler v Austria*,⁶⁸ where the Court held that a state could be liable for the effects of judicial decisions, particularly of courts of final appeal. Addressing the question of what would amount to a “*sufficiently serious*” breach, the Court accepted that “*regard must be had to the specific nature of the judicial function and to the legitimate requirements of legal certainty*” and that “*State liability for an infringement of Community law by a decision of a national court adjudicating at last instance can be incurred only in the exceptional case where the court has manifestly infringed the applicable law.*”⁶⁹

Even if the possibility may appear remote, the case gives rise to the intriguing possibility of a national court of inferior jurisdiction having to entertain a claim for damages against the state based on an allegation that its own Supreme Court has manifestly infringed EU law.

11 Reference for Preliminary Ruling

The mechanism for obtaining preliminary rulings pursuant to Article 267 TFEU is based “*on a dialogue between one court and another, the initiation of which depends entirely on the national court’s assessment as to whether a reference is appropriate and necessary.*”⁷⁰ The ECJ is especially vigilant in protecting this system. Thus, it declared incompatible with the treaties a new unified patent litigation system which would have conferred exclusive jurisdiction on a different

⁶⁵ *Brasserie du Pêcheur*, paras 51 and 55.

⁶⁶ *Brasserie du Pêcheur and Factortame*, para 58.

⁶⁷ *Ibid*, para 56.

⁶⁸ Case C-224/01 *Köbler v Republic of Austria* [2003] ECR I-10239.

⁶⁹ Paragraph 53 of the judgment.

⁷⁰ Case C-2/06 *Kempter*, already cited (fn. 47).

international court, considering that “*the tasks attributed to the national courts and to the Court of Justice are indispensable to the preservation of the very nature of the law established by the Treaties.*”⁷¹

As has been said on many occasions the preliminary-ruling mechanism is the cornerstone of EU law. In 2011 the ECJ completed 638 cases, a new record. It decided 423 references for preliminary ruling compared with 302 in 2009.⁷² Conscious of the detriment to individuals caused by delay in certain types of litigation, the ECJ has introduced an urgent procedure into its rules.⁷³ It has thus been able to give rulings in some cases within a matter of months.⁷⁴

In accordance with wording which has remained virtually unchanged through many amendments to the treaties,

where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court of Justice to give a ruling thereon.

While all the courts or tribunals of the Member States, in the words of Article 267 TFEU, have power to make references for preliminary ruling in the case of any court “*against whose decisions there is no judicial remedy under national law*” there is an obligation to do so: it “*shall bring the matter before the Court.*”

Every court or tribunal of a Member State has the unfettered right to make a reference.⁷⁵ The ECJ restated the basic situation as recently as 8 March 2012:

*Article 267 TFEU gives national courts the power and, in certain cases, imposes on them the obligation to refer a case for a preliminary ruling, as soon as they perceive either of their own motion or at the request of the parties that the substance of the dispute raises a point referred to in the first paragraph of Article 267. They have the widest discretion in referring matters to the Court if they consider that a case pending before them raises questions involving interpretation, or consideration of the validity, of provisions of European Union law, necessitating a decision on their part.*⁷⁶

The Court took the opportunity of emphasising that the failure of the parties to “*raise a point of European Union law does not preclude*” the referring court “*from bringing the matter before the Court of Justice.*” In the same spirit, the Court will not reject “*a reference for a preliminary ruling from a national court*” unless “*it is quite obvious that the interpretation of Community law sought by that court bears no relation to the actual nature of the case or the subject-matter of the main action.....*”⁷⁷

⁷¹ Opinion 1/09, 8 March 2011.

⁷² CJEU Press Release no 14/12 Luxembourg 17 February 2012.

⁷³ Article 104b(1).

⁷⁴ An examples are: Case C-400/10 PPU *McB*, [2010] 1-8965, referred by the Supreme Court of Ireland.

⁷⁵ See fn. 34 above.

⁷⁶ Case C-251/11 *Martial Huet v Université de Bretagne occidentale*.

⁷⁷ Case -281/98 *Angonese v Casso di Risparmio di Bolzano* [2000] ECR I-4139, para 18.

Even a court which is under an obligation to make a reference will exercise careful judgment before deciding whether this obligation affects the particular case. If the entire matter can be resolved on other grounds, it may decide that it need not refer. The most difficult point to resolve is whether there is an obvious and clear answer to the question, in short, whether the matter is *acte clair*.

The entire matter of the obligation of final courts to refer and of *acte clair* continues to be dogged by the decision in *CILFIT*,⁷⁸ which laid down criteria which would, if literally interpreted, render the *acte clair* doctrine practically irrelevant. Although the Court accepted that “*the correct application of Community law may be so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt as to the manner in which the question raised is to be resolved,*” it set the bar very high for a national court of final appeal by saying:

Before it comes to the conclusion that such is the case, the national court or tribunal must be convinced that the matter is equally obvious to the courts of the other Member States and to the Court of Justice.

In *Köbler*, the ECJ was at pains to emphasise the importance of the obligation to refer.⁷⁹

The clear division of function between the ECJ and the national judge guarantees mutual respect, without disturbing the functioning of the national system. The ECJ does not have jurisdiction “*to take cognizance of the facts of the case.*”⁸⁰ It limits itself, in principle, to providing an interpretation. In its important decision in *Ruiz Zambrano*,⁸¹ the Court made, nevertheless, an assumption of fact, namely that the refusal to grant a right of residence and a work permit to a third-country national, the parent of EU citizens, would have the result that the children “*would have to leave the territory of the Union in order to accompany their parents,*” which did not appear to have been included in the facts stated in the order for reference.

Following a reference in a particular case, it is the duty of the national court to apply EU law as so interpreted, and to decide the main case.⁸²

The national court may still have to carry out a complex assessment of mixed issues of law and fact. It may have to decide: whether reliance on an exception permitted by EU law is “objectively justified;”⁸³ whether, as already discussed, a particular breach of EU law is “*sufficiently serious*” for the purpose of imposing state liability; whether a particular national rule falls within the margin allowed by the principle of national procedural autonomy; questions of proportionality, such as whether measures governing the marketing of products exceed the limits

⁷⁸ Case 283/81 *CILFIT v Ministry of Health* [1982] E.C.R. 3415.

⁷⁹ Already cited (fn. 68), para 35.

⁸⁰ Case 35/76 *Simmmenthal S.p.a. v Italian Minister for Finance* [1976] E.C.R. 1871, para 4.

⁸¹ Case C-34/09, judgment of 8 March 2011, paras 40–44.

⁸² Cases 28, 29 and 30/62 *Da Costa v Nederlandse Belastingadministratie* [1963] ECR 31 at 38; Case 52/76 *Benedetti* [1977] ECR 163.

⁸³ Case 170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, para 36.

permitted to national social and economic policy.⁸⁴ There have been times when the ECJ has, in the words of one author “gone pretty far along the road” to deciding the main case.⁸⁵ That Court explains that it may “*provide guidance, based on the file in the main proceedings and on the written and oral observations which have been submitted to it, in order to enable the national court to give judgment in the particular case before it.*”⁸⁶

The principle of division of function continues to be respected,⁸⁷ though, at times, the boundary is not easy to discern.

12 Conclusion

The European Union legal order⁸⁸ represents not only the establishment of the *acquis communautaire* but also the promotion of respect for the rule of law and for fundamental human rights at Union level and in the Member States.

Within this system, the ECJ and the courts of the Member States have cooperated in this undertaking in a partnership of equals. The national courts have performed an indispensable role. Without them, the Union could not have succeeded. Their character as “ordinary” courts respects the principle of subsidiarity. In this way, judicial decisions are made “as closely as possible to the citizen,” by courts that are accessible to and, through their familiarity, acceptable to them. The essential unity of EU law respects the diverse legal systems and traditions of the Member States.

The national judge has been provided progressively with an ever more effective and formidable armoury of legal powers to enable him to give effect to EU law. These have been expanded to meet the needs of the times. At the same time, they impose ever more exacting obligations on the national judge. As demonstrated in this paper, the national judge may be required to exercise judgement on a wide range of complex matters of law and fact.

The story is not complete. There is no definitive limit to the fields covered by EU law. The European Union legal order is dynamic and diverse and ever evolving to meet the needs of the time.

⁸⁴ Case C-145/88 *Torfaen Borough Council v B & Q plc* [1989] ECR I-3851, paras 11–37; Case 72/83 *Campus Oil Limited v Minister for Industry and Energy* [1984] ECR 2727, paras 49 and 50.

⁸⁵ Kapteyn and VerLoren van Themaat 1998, p. 505, footnote 280. For an example, see Case C-67/97 *Ditlev Bluhme* [1998] ECR I-8033.

⁸⁶ Case C-438/05 *International Transport Workers’ Federation v Viking* [2007] ECR I-10779.

⁸⁷ Case C-166/11 *Gonzales Alonso v Nationale Nederlanden Vida Cia De Seguros y Reaseguros SAE*, judgment of March 2012, para 33.

⁸⁸ Opinion 1/09, already cited (fn. 71), para 71.

References

- Craig P (1992) Once upon a time in the west: direct effect and the federalisation of EEC Law. *Oxf J Leg Stud* 12:453–479
- Erciński T (2011) When must national judges raise European law issues of their own motion? *ERA Forum* Number 11:525–536
- Kapteyn PJG, VerLoren van Themaat P (1998) *Introduction to the Law of the European Communities: from Maastricht to Amsterdam*. Kluwer Law International, London

The Cooperation Between European Courts: The *Verbund* of European Courts and its Legal Toolbox

Andreas Voßkuhle

Abstract This contribution focuses on the question of the methods which the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights and the German Federal Constitutional Court—as one of the national constitutional courts—use in the process of cooperating and ensuring coherence in their common multilevel cooperation system (*Rechtsprechungsverbund*). The article identifies a set of formal and substantive tools applied in this *Verbund*.

1 Introduction

On the occasion of the fiftieth anniversary of the Court of Justice of the European Communities, the Court's then President, Mr. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, looked back at the “cooperation in good faith which it [had] been possible to establish between the Court and all the judicial bodies of all the Member States”, and which had “proved to be [...] effective in ensuring, broadly, the observance of Community law”.¹ Enriched with 10 years of experience, this conclusion continues to be an apt one, and thus, the sixtieth anniversary of the establishment of the Court of Justice of the European Union provides the occasion for some observations on the subject of

President of the Federal Constitutional Court of Germany.

¹ Rodríguez Iglesias 2003, p. 14.

A. Voßkuhle (✉)
Federal Constitutional Court of Germany, Karlsruhe, Germany
e-mail: presse@bundesverfassungsgericht.de

the cooperation between the European “constitutional courts”.² As has been described by then President Rodríguez Iglesias, the cooperation encompasses all the national courts of the Member States. The reflections in this contribution will concentrate on the interaction between the Court of Justice of the European Union (CJEU), the European Court of Human Rights (ECtHR) and the national constitutional courts. The contribution will focus on the question of the methods which the courts use in the process of cooperating and ensuring coherence in their common multilevel cooperation system (*Rechtsprechungsverbund*). In the sense of a *tour d’horizon*, the methods, described as *Verbund* tools will receive a closer look here. First of all, however, a few words about the protagonists of the interaction:

2 The Protagonists

2.1 *The Court of Justice of the European Union*

It is the duty of the CJEU to ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed.³ In doing so, the Court has decisively contributed to the European Union constituting itself as a legal community. In its case-law, phases of activism and phases of restraint have alternated.⁴ Its competence to further develop the law has been explicitly recognised by the Federal Constitutional Court of Germany (*Bundesverfassungsgericht*—BVerfG).⁵

2.2 *The European Court of Human Rights*

The European Court of Human Rights watches over compliance with the guarantees enshrined in the European Convention on Human Rights. In contrast to what applies to the Court of Justice of the European Union, all citizens have a right to make individual applications to the ECtHR.

² Within this context, constitutional jurisdiction is understood as a concept of “function” which is open to development and which builds bridges between different types and traditions of constitutional courts; on this, see Voßkuhle 2010, pp. 1–8.

³ Article 19(1) TEU. Skouris 2005, p. 327: “... the most accurate characterisation of the ECJ is that of a very specific court performing both the functions of a supreme and a constitutional court”.

⁴ Cf. Everling 2000, p. 224.

⁵ Decisions of the Federal Constitutional Court (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*—BVerfGE) 75, 223, 242 f. = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1988, 1459—Kloppenburger.

In Germany, the European Convention on Human Rights (ECHR), by virtue of the ratifying legislation,⁶ formally applies only with the rank of ordinary statute law,⁷ whereas it enjoys constitutional rank in other Contracting States.⁸

2.3 National Constitutional Courts, in Particular the Federal Constitutional Court

In particular after 1945, as well as in the 1970s and in the post-1989 period of transformation, a number of new constitutional courts were created in the European states. Of all of them, I will in the following look at the Federal Constitutional Court of Germany, which began its work in 1951 and which, due to the broad array, and depth, of its competences, which is unique both from a historical perspective and from that of comparative law, has been a model for the Europe-wide establishment of constitutional jurisdiction in many respects.⁹ Here, the development of the German Constitution has been integrated into a sphere of international and European references from the very beginning. The Federal Constitutional Court's work towards an integration that is committed to the human and civil rights is in harmony with this and finds its programmatic expression in particular in the Preamble of the German Basic Law (*Grundgesetz*—GG) and in the amended version of Article 23 GG.

3 The Idea of *Verbund*

The protagonists that have been presented interact in the context of a multilevel cooperation of courts, a *Gerichtsverbund*; they do not act against each other but jointly.¹⁰ The multilevel cooperation between the constitutional courts is at the same time a multilevel instance for working and learning (*Arbeits- und Lernverbund*). In the past decades, different techniques, some of them innovative, have developed for shaping the cooperation. In these *Verbund* tools, unity, difference

⁶ The Act on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (*Gesetz über die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*) of 7 August 1952, Federal Law Gazette (*Bundesgesetzblatt*—BGBI 1952 II, p. 685).

⁷ Cf. BVerfGE 111, 307, 316 f.

⁸ An overview of the ECHR's rank in the national legal systems is provided by Grabenwarter and Pabel 2012, pp. 15–23.

⁹ Rincken 2001, marginal nos. 1 ff.

¹⁰ Here, the term “*Verbund*” is used as a systematic concept (“*Ordnungsidee*”, Schmidt-Aßmann) to describe a complex relation, which is characterised by unique involvements, without determining the exact techniques of the interplay. For further details, cf. Voßkuhle 2011, p. 219, 2010, p. 2.

and diversity, homogeneity and plurality, delimitation, interplay and involvement of the protagonists mentioned above are realised. They thus develop the *Verbund* and support it, a cooperation whose roots are autonomy, consideration and the ability to act jointly.¹¹

4 *Verbund* Tools

4.1 Formal *Verbund* Tools

The term “formal *Verbund* tools” is used to describe the techniques with which the judicial spheres¹² are delimited according to the subject of review.

4.1.1 Arrangements Regarding Competences

The classical instruments are explicit arrangements regarding competences. What applies for instance in the relation between the ECtHR and the Federal Constitutional Court is that, against acts of German federal authority, in principle, both the individual application to the ECtHR and the constitutional complaint before the Federal Constitutional Court are possible.

4.1.2 Arrangements Regarding Subsidiarity

The ECtHR in Strasbourg uses the concept of subsidiarity to solve the question of its relation to the Federal Constitutional Court and to the other national courts: according to the case-law of the ECtHR, the constitutional complaint before the Federal Constitutional Court is part of the legal remedies to which recourse must be had before invoking the jurisdiction of the ECtHR.¹³ Recourse to the ECtHR is hence subsidiary.

¹¹ For a differentiating view of the courts’ duties, cf. Kirchhof 2011, p. 3682.

¹² The concept of “judicial sphere” (*Funktionsbereich*) is distinguished from the concept of “*Kompetenz*” with regard to its perspective: from an analytical perspective, judicial sphere means the scope of review of a constitutional court, whereas “*Kompetenz*” is a normative concept. In this contribution, the term “*Kompetenz*” is not used in order not to give rise to misunderstandings with regard to the question whether constitutional law and constitutional jurisdictions are bound by the provisions on *Kompetenz* under Articles 70 ff. of the Basic Law.

¹³ E.g.: ECtHR, 19 January 1999, *Allaoui et al. v Germany*, No 44911/98.

4.1.3 Proceedings Losing their Object

Another possibility of coordinating parallel competences consists in declaring the other proceedings in question which are pending before the other constitutional court as being “without object” or finding that there is no interest in clarifying the point at issue if a constitutional court has established unconstitutionality. As far as can be seen, this tool has not been applied as yet in the relation between the CJEU, the ECtHR and the Federal Constitutional Court.¹⁴

4.2 Substantive Verbund Tools

Substantive *Verbund* tools concern the problem of the interplay of standards of review.

4.2.1 Starting Point: Constitutional Courts of Different Levels are the Guardians of Autonomous Constitutional Spheres

The starting point for each constitutional court is the exclusiveness of its respective standard of adjudication. The CJEU is competent for ensuring compliance with the Treaties, the ECtHR ensures compliance with the ECHR, and the Federal Constitutional Court is the guardian of the German Basic Law. Hence, each constitutional court is competent for safeguarding “its” Constitution.¹⁵

4.2.2 Homogenisation Tools

Stocktaking cannot stop at the exclusiveness of the constitutional spheres because they are interlinked in different ways and mutually influence each other.

¹⁴ However, this tool is applied for instance in parallel proceedings with regard to *Land* constitutional courts (constitutional courts in the states of the Federal Republic of Germany) and the Federal Constitutional Court of Germany.

¹⁵ Neither the ECHR nor European Union law is a direct standard of review for the Federal Constitutional Court. With regard to European Union law, cf. for instance BVerfGE 10, 271, 274. A different system, however, applies to the non-constitutional (ordinary) courts, i.e. the German courts below the constitutional-court level, which are obliged by European Union law not to apply German law if European Union law is violated.

Prevalence

Prevalence (*Geltungsvorrang*) requires a hierarchical context of norms. In Germany, for instance, such prevalence exists in the shape of a prevalence of the Basic Law over the *Land* constitutions (Article 31 GG). In the case of a conflict between *Land* constitutional law and the provisions of the Basic Law, the *Land* constitutional courts' own standard of adjudication is superseded by the Basic Law. Contrary to the view held by the CJEU, European Union law, according to the Federal Constitutional Court's case-law, does not enjoy such prevalence over the Basic Law.¹⁶

Primacy of Application

The Federal Constitutional Court recognises the primacy of application (*Anwendungsvorrang*) of Union law over national German law.¹⁷ According to its case-law, primacy of application is not an instrument in a hierarchical context of norms. Primacy of application applies by virtue of an authorisation by constitutional law, i.e. by virtue of the bridging function of the German Acts Approving the European Treaties.¹⁸ This means that the Basic Law permits primacy of application “with its eyes wide open”, so to speak, and at the same time determines its limits: primacy of application only applies to the extent that the inviolable core content of the constitutional identity of the Basic Law is not affected and as long as the “*Solange II* constellation” has not occurred. According to the principles of its *Solange II* judgment, the Federal Constitutional Court acknowledges the primacy of application of European Union law as long as the level of fundamental rights in the EU has not generally declined below the standard unconditionally required.¹⁹

In the event of possible leeway for transposition, this means, for instance according to the case-law of the First Senate of the Federal Constitutional Court, that national provisions which are induced by Community law are not to be

¹⁶ In contrast, since its landmark decision in *Costa v ENEL*, the CJEU has been establishing the primacy of Community law over any national legal provision by virtue of its autonomy. Cf. CJEU, Judgment of 15 July 1964, *Flaminio Costa v Ente Nazionale Energia Elettrica* (Case 6/64 ‘*Costa v ENEL*’ [1964] ECR 585); CJEU, Judgment of 17 December 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (Case 11/70, [1970] ECR 1126); CJEU, Judgment of 9 March 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* (Case 106/77, [1978] ECR 630).

¹⁷ The primacy of Union law over national law—regardless of different doctrinal reasons given—is confirmed in Declaration no. 17 on Primacy annexed to the Final Act of the Treaty of Lisbon.

¹⁸ Cf. BVerfGE 73, 339, 374 f. = NJW 1987, 577—*Solange II*.

¹⁹ BVerfGE 73, 339, 387 = NJW 1987, 577—*Solange II*.

measured against the national fundamental rights catalogue if and to the extent that the national legislative bodies have no discretion with regard to transposition.²⁰

In such a case, the court (here, the Federal Constitutional Court) reviews legal acts which, from a formal perspective, are the object of its review; all the same, the court does not fully measure them against its *own* standard of adjudication because this standard has been superseded as regards its application.²¹

4.2.3 Incorporation Tools

Leverage Tool

The leverage tool takes individual provisions of constitutional law as a “lever” or as a “conveyor belt” for the standard connected with it. With regard to the ECtHR’s standard of adjudication, for instance, the Federal Constitutional Court uses such a leverage tool in two different ways.

On the one hand, an arbitrary interpretation and application of the ECHR is an infringement of the Basic Law’s ban on arbitrariness, and hence a violation of Article 3(1) GG.²² The Federal Constitutional Court’s case-law on arbitrariness regards the ECHR as statute law.

On the other hand, according to the Federal Constitutional Court’s *Görgülü* decision rendered in 2004, the failure to take into account a decision of the ECtHR can be challenged via the rule-of-law principle under Article 20(3) GG in conjunction with the fundamental right that is relevant in the respective case.²³ From the principle that public administration and the administration of law are bound by statute and law follows the duty to take the ECHR into account as part of a methodologically justifiable interpretation of the law.

²⁰ BVerfGE 118, 79 (95 f.)—Emissions trade.

²¹ In Germany, the ordinary courts decide autonomously about the consequences to be drawn from the primacy of application of Union law in a given case. The ordinary courts are entitled and obliged not to apply provisions of national ordinary law that are incompatible with Union law (BVerfGE 31, 145 (174 f.)). For doing so, it is neither necessary nor permissible to invoke the jurisdiction of the Federal Constitutional Court.

²² Cf. BVerfGE 74, 102 (128).

²³ BVerfGE 111, 307; a critical view with regard to multipolar fundamental rights relations is held by Payandeh 2009, p. 499.

Reference Tool

“Transformation provisions”²⁴ or “reception clauses”²⁵ explicitly make it possible to have direct access to a standard of adjudication which is otherwise an external one.

An example of such a reference tool can be found in Article 6(3) TEU. According to the Article, “[f]undamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union’s law”. Thus, the CJEU obtains the general legal principles of European Union law, in particular fundamental rights as well as rule-of-law and administrative-law principles, *inter alia* by performing an evaluating comparison of the “constitutional traditions common to the Member States” and hence also of the Member States’ case-law.²⁶

Vice versa, the national German law, for instance, makes reference to European Union law as well. Thus, Article 19a of the Constitution of the Land Rhineland-Palatinate (LVerf RLP) provides²⁷: “Rights which the Constitution grants to all Germans are also due to nationals of another European Union Member State *to the extent that they have the right to equal treatment under the law of the European Union.*”²⁸

4.3 Interpretation of the Constitution as an Instrument of Ensuring Unity and Diversity

Another means to ensure coherence is the “comparative” interpretation of the Constitution. The Federal Constitutional Court has ruled, for instance, that the ECHR is to be consulted as a “guide [...] to interpretation in determining the content and scope of fundamental rights and constitutional guarantees of the Basic Law”.²⁹ According to the Federal Constitutional Court’s *Görgülü* case, this is even a “constitutional duty”.³⁰ Thus, Article 1(2) GG in conjunction with Article 59(2) GG results in the duty to consult the ECHR in its specific manifestation as a guide

²⁴ Cf. Pieroth 2001, p. 1256.

²⁵ Nordmann 2009, p. 97 fn. 1.

²⁶ CJEU, Case 4/73 (Nold), [1974] ECR 491 para 13. With regard to the difficulties involved with proving the concrete influence of Member State law on the case-law of the CJEU, a critical position is advanced by Papier 2007, p. 134.

²⁷ Inserted by the Act of 8 March 2000 (Law and Ordinance Gazette, *Gesetz- und Verordnungsblatt*—GVBl, p. 65).

²⁸ Emphasis added.

²⁹ BVerfGE 111, 307, 317.

³⁰ BVerfGE 111, 307, 329.

to interpretation when applying German fundamental rights too. As long as applicable methodological standards leave scope for interpretation and weighing of interests, German courts must give precedence to an interpretation which is in accordance with the Convention.

The effect of judgments rendered by the ECtHR is not restricted to the effect *inter partes* which they have according to Article 46 ECHR.³¹ Instead, they have a function of providing guidance and orientation which goes beyond this effect and which is of importance for the application of the Convention also in other judicial proceedings.³² The national courts take the decisions passed by the ECtHR into account by bringing them to bear upon their decision-making and by applying national law in such a way that it is in harmony with the Convention in the application chosen by the ECtHR.³³ The judgments of the ECtHR may, however, not be applied to other cases in a schematic manner. Account must always be had of the circumstances of the respective case, which may demand an assessment that derogates from that of the ECtHR especially in multipolar fundamental rights relations³⁴ or where the factual circumstances have changed by the passage of time since the ruling of the ECtHR.³⁵ The fact that the ECtHR, especially in the context of the review of proportionality, often acknowledges that the Contracting States have a *margin of appreciation* provides additional leeway for interpretation.³⁶

The constitutional courts of the Member States also directly cite, and make reference to, each other. Such was the case, for instance, when the Federal Constitutional Court held that a provision of domestic law transposing an EU directive into German law is not to be measured against the fundamental rights of the Basic Law to the extent that Community law allows Member States no discretion as to how to effect transposition. In that case, the Federal Constitutional

³¹ With regard to the effect *inter partes* cf. Papier 2006, p. 3 f.

³² Federal Constitutional Court, *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, 1931 (1935 with further references); a critical view of the concept of *Orientierungswirkung* is held by Grabenwarter 2011, p. 229.

³³ However, according to the Federal Constitutional Court's case-law, the absolute limit of the ECHR's domestic binding effect is where the application of the Convention would violate constitutional or statute law and where it is not possible to interpret the provision in question in a manner that is in conformity with the Convention taking into account the generally accepted principles of interpretation of statutes, cf. BVerfG NJW 2011, 1931 (1936). On the details of the "duty to take the Convention into account" cf. Viellechner 2011, p. 203 ff.; Schilling 2010, p. 65 ff. However, it should de facto be possible to avoid such a conflict for instance by applying the principle of the *margin of appreciation*, which is accepted by the ECtHR, cf. Hong 2011, p. 214 ff.; Rohleder 2009, p. 440.

³⁴ BVerfGE 111, 307 (324 f.).

³⁵ Lübbe-Wolff 2006, p. 7 f. with fn. 23.

³⁶ ECtHR, 4 December 2007, application no. 44362/04 (*Dickson v United Kingdom*), paras 77 ff., established case-law, cf. Grabenwarter 2011, p. 230 ff.; Schilling, p. 235 ff.

Court referred not only to its own case-law but also to a similar decision of the French *Conseil d'État*.³⁷

The mutual reception of case-law is a form of cooperation. At the same time, this struggle for the best solution lends the multilevel cooperation of the constitutional courts its actual shape as a multilevel instance for learning.

The outlining of the fundamental rights by the CJEU as general legal principles of Community law may be cited as a further example of mutual influence by means of interpretation. In this context, the CJEU took in particular the ECHR and the constitutional traditions common to the Member States as an orientation, as is provided by Article 6(3) TEU.

In a comparable manner, the ECtHR sets out to incorporate doctrinal concepts which have been shaped by the national fundamental rights judicature into its own case-law.³⁸

5 Rights and Obligations to Request a Preliminary Ruling as an Instrument of Coordination

Rights and obligations to request a preliminary ruling, which are provided for in Article 267 TFEU, are a powerful procedural link between courts. The preliminary ruling procedure is the central procedure with which the CJEU very successfully ensures the uniform application of European Union law.³⁹ It enables the CJEU to rule on preliminary questions of an action pending before a national court that concern the validity or interpretation of Union law. The CJEU regards the preliminary ruling procedure as an “instrument for cooperation”.⁴⁰ In order to realise its effect, the procedure depends on legal problems being referred to the CJEU by the national courts. Several constitutional courts of Member States have already referred questions to the Court for a preliminary ruling. For instance, in her Opinion delivered in the first case in which the Court had been asked by the Italian

³⁷ BVerfGE 118, 79, 95 f.; reference is made to the *Conseil d'État*, decision of 8 February 2007, No. 287110. Cf. apart from this the reference in the Lisbon judgment to Decision no. 2007-560 DC of the French *Conseil constitutionnel*, BVerfGE 123, 267, 387 = NJW 2009, 2267, 2281—Lisbon.

³⁸ Landau 2008, p. 1273, making reference to the adoption of the German doctrine on the state's duty to protect fundamental rights and to the indirect effect of fundamental rights on third parties.

³⁹ On this assessment, cf. also Haltern 2005, p. 314. A classical overview is provided by Skouris 2008, p. 343.

⁴⁰ CJEU, 30 September 2003 Case C-167/01 (*Inspire Art*), ECR 2003, I-10155. This, however, decisively depends on the extent to which the CJEU is willing to include national legal traditions in the interpretation of Union law and to admit differing interpretations as well should the occasion arise. In this respect, a critical view is held by Haltern 2005, p. 345 ff.

Corte costituzionale to give a preliminary ruling,⁴¹ Advocate General Kokott lists previous references made by the Constitutional Court of Austria,⁴² the Constitutional Court of Belgium (formerly Court of Arbitration)⁴³ and the Constitutional Court of Lithuania.⁴⁴

Article 267 TFEU not only makes it possible for the Federal Constitutional Court to interlock with the supranational constitutional courts but also allows for instance *Land* constitutional courts to do the same: *Land* constitutional courts can request a preliminary ruling concerning the interpretation of European law from the CJEU as well.⁴⁵ In 1997, for instance, the Constitutional Court of Hesse felt compelled to request a preliminary ruling from the CJEU.⁴⁶ Thus, *Land* constitutional courts are “European constitutional courts”,⁴⁷ and part of the multilevel cooperation of the European constitutional courts as well.

The preliminary ruling procedure also establishes direct relations of communication between the courts of the Member States which contribute to the unity of Union law: this means in particular that the courts of the Member States must mutually take note of their doubts about the validity and the interpretation of Union law and must take them into account if they are relevant for their own main action or for the issuance of a temporary injunction.⁴⁸ In Germany, this duty (*Berücksichtigungspflicht*) is safeguarded by the Federal Constitutional Court: its violation infringes the first sentence of Article 19(4) of the Basic Law and can be challenged by means of a constitutional complaint.⁴⁹

⁴¹ Advocate General Kokott, Opinion delivered on 2 July 2009 in Case C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri v Regione autonoma della Sardegna*, [2009] ECR I-10821, cf. on this preliminary ruling proceedings Skouris 2009a, p. 19 ff.

⁴² Judgment of 8 November 2001, *Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, [2001] ECR I-8365), Judgment of 8 May 2003, *Wählergruppe Gemeinsam* (C-171/01, [2003] ECR I-4301), Judgment of 20 May 2003, *Oesterreichischer Rundfunk and Others* (Joined Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01, [2003] ECR I-4989).

⁴³ Judgment of 16 July 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins* (C-93/97, [1998] ECR I-4837), Order of 1 October 2004, *Clerens* (C-480/03, not published in ECR), Judgment of 26 June 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others* (C-305/05, [2007] ECR I-5305), Judgment of 1 April 2008, *Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon* (C-212/06, [2008] ECR I-1683); judgment of 13 April 2010, *Bressol and Others* (C-73/08, [2010] ECR I-02735), judgment of 6 October 2010, *Base and Others* (C-389/08, published in: MultiMedia und Recht 2011, p. 112).

⁴⁴ Judgment of 9 October 2008, *Sabatauskas and Others* (C-239/07, [2008] ECR I-07523).

⁴⁵ If one does not regard the possibility of challenging decisions of the *Land* constitutional courts by lodging a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court as a judicial remedy within the meaning of Article 267 TFEU, even a duty to request a preliminary ruling existing alongside the right to request a preliminary ruling can be derived therefrom. On this, cf. Hirsch 1997, p. 54 ff.

⁴⁶ HessStGH, order of 16 April 1997—P.St. 1202—, juris = NVwZ 1997, 784; a critical view is held by Störmer 1998, p. 339.

⁴⁷ Cf. Häberle 2004, p. 122: “Nationale Verfassungsgerichte als europäische Verfassungsgerichte”.

⁴⁸ Cf. Wegener 2011, Article 267 AEUV, marginal no. 17.

⁴⁹ BVerfG, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*—NVwZ 2004, 1346, 1347.

6 Stages of Appeal

What about the classical procedural link, the stages of appeal, in the multilevel cooperation of the European constitutional courts? Strictly speaking, there are no stages of appeal between the courts in the multilevel cooperation of the European constitutional courts. This follows from the fact that the standards of review are different: It is ruled out that the CJEU, for instance, reviews a decision of the Federal Constitutional Court against the standard of the Basic Law instead of the standard of the EU Treaties, or that the ECtHR takes the Basic Law as its standard of review.

It is a different question whether the decisions of the Federal Constitutional Court are subject to the ECtHR's review against the standard of the ECHR. This must be answered in the affirmative, but the cases in which the ECtHR does object to a sovereign act that was previously regarded by the Federal Constitutional Court as being in conformity with the Basic Law are very rare. In 2004, for instance, the Federal Republic of Germany was sentenced for violation of the ECHR in what is known as the "*Caroline* decision", which was about the relation between the personality right and the freedom of the press.⁵⁰ In its decisions from 2008, the First Senate of the Federal Constitutional Court dealt with the "concept of protection" (*Schutzkonzept*) of the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), which had been modified as a consequence of the ECtHR case-law, and—also having in mind its limited competence for review—held that this "concept of protection" did not conflict with German constitutional law.

This example shows that in the relation between the ECtHR and the Federal Constitutional Court, there is no place for simplifying solutions which pretend that everything is clear-cut and straightforward. The best way to avoid possible contradictions is to mutually take into account the respective normative structures and to interpret one's own standard "with foresight".⁵¹

7 Waiver of Exercising Jurisdiction: "*Solange*" Tools

The *Solange* tool is described for instance in the Federal Constitutional Court's *Solange II* decision: "As long as the European Communities, in particular the case-law of the Court of Justice of the European Communities, generally ensure effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the

⁵⁰ ECtHR (Third Section), judgment of 24 July 2004—59320/00—*von Hannover v Germany*, Reports and Decisions 2004-VI pp. 1 ff. = NJW 2004, 2647.

⁵¹ Cf. Hoffmann-Riem 2002, p. 473: "*Kohärenzvorsorge*", cf. also Steiner 2009, p. 663, who holds the view that the case-law of the Federal Constitutional Court at any rate avoids the conflict with existing CJEU case-law. The sports betting decision of the First Senate [BVerfGE 115, 276] for instance, is said to closely follow the case-law of the European Court of Justice.

Communities which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Basic Law ..., the Federal Constitutional Court will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation ..., and it will no longer review such legislation by the standard of the fundamental rights contained in the Basic Law; references to the Court under Article 100(1) GG for this purpose are therefore inadmissible.”⁵² This case-law was repeated and confirmed in an unchanged line of argument in the Federal Constitutional Court’s *Maastricht* judgment⁵³ (1993), in its *Banana market organisation* ruling⁵⁴ (2000) and in its judgment concerning the Treaty of Lisbon⁵⁵ (2009).

The *Solange* tool, consisting in the waiver to exercise jurisdiction, can also be found in the case-law of the ECtHR.⁵⁶ With regard to its relation to the CJEU, the ECtHR holds the view that state action of the Contracting States taken in compliance with treaty commitments subsequent to the entry into force of the ECHR is justified “as long as” the relevant organisation is considered to protect fundamental rights in a manner “which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides”.⁵⁷ In what is known as its “*Bosphorus Airways* decision” of 2005,⁵⁸ the ECtHR made it clear that by “equivalent”, it means *comparable*, not *identical*.⁵⁹ It found that the protection of fundamental rights by Community law could be considered to be (and to have been at the relevant time), “equivalent” to that of the Convention in this sense.⁶⁰

A difference in the technique of the waiver of jurisdiction is the localisation of the “*Solange*” concept: the ECtHR reserves to itself the right to review the equivalence of the standard of protection in an individual case at the merits level, while the Federal Constitutional Court even declares matters inadmissible on account of the “*Solange*” concept, which brings the “*Solange*” concept to bear at the earliest point in time possible.⁶¹

⁵² BVerfGE 73, 339, 387.

⁵³ BVerfGE 89, 155, 174 f. = NJW 1993, 3047—Maastricht.

⁵⁴ BVerfGE 102, 147, 167 = NJW 2000, 3124 = EuZW 2000, 702—Common organisation of the market in bananas.

⁵⁵ BVerfGE 123, 267, 335 = NJW 2009, 2267, 2285—Lisbon.

⁵⁶ Cf. Skouris 2009b, p. 5.

⁵⁷ ECtHR, Grand Chamber, judgment of 30 June 2005—application no. 45036/98—*Bosphorus v Ireland*, NJW 2006, 197, 202 with reference to ECtHR, 1990, DR, vol. 64, p. 145—*M. & Co v Germany*.

⁵⁸ ECtHR, Grand Chamber, judgment of 30 June 2005—application no. 45036/98—*Bosphorus v Ireland*, NJW 2006, 197.

⁵⁹ ECtHR, Grand Chamber, judgment of 30 June 2005—application no. 45036/98—*Bosphorus v Ireland*, NJW 2006, 197, 202.

⁶⁰ ECtHR, Grand Chamber, judgment of 30 June 2005—application no. 45036/98—*Bosphorus v Ireland*, NJW 2006, 197, 203.

⁶¹ Cf. for further detail Schmahl, Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, ECHR und nationalem Verfassungsrecht, *Europarecht*—EuR, supplement 1/2008, 7, 28.

The high diversity of possibilities of using the *Solange* tool becomes apparent for instance in the suggestion by a group of legal scholars around *Armin von Bogdandy*. They argue that the CJEU should establish a *Solange* principle of the shape described in the following: “outside the Charter’s scope of application, a Union citizen cannot rely on EU fundamental rights as long as it can be presumed that their respective *essence* is safeguarded in the Member State concerned”.⁶² They further argue that, should this presumption be rebutted, “the ‘substance’ of Union citizenship”—as it has been defined by the CJEU in the *Ruiz Zambrano* case⁶³—should be applied.⁶⁴

8 Identity Tools and *Ultra Vires* Tools

A similar restraint as with regard to the *Solange II* case-law in the area of fundamental rights protection has been practised by the Federal Constitutional Court to date with regard to the review of the scope of the transfer of sovereign powers. As early as 1987, it reviewed whether the case-law of the European Court of Justice on the direct applicability of directives transgresses the boundary of permissible further development of the law, but ultimately came to the result that the case-law keeps within the boundary.⁶⁵ In its *Maastricht* judgment as well, the Federal Constitutional Court reserved to itself the review of whether legal instruments of the European institutions and bodies keep within the boundaries of the sovereign powers accorded to them or whether they “transgress the limits”.⁶⁶ Theoretically, this encompasses legal instruments of all bodies of the European Union. In the 18 years since it rendered the *Maastricht* judgment, however, the Federal Constitutional Court has never felt compelled to establish that a legal

⁶² Von Bogdandy et al. 2012a, p. 508 (emphasis original), 2012b, p. 66 in German: “Außerhalb des Anwendungsbereichs der Charta kann sich ein Unionsbürger grundsätzlich nicht auf EU-Grundrechte berufen, *solange* die Vermutung gilt, dass der *Wesensgehalt der Grundrechte* im betreffenden Mitgliedstaat gewährleistet ist.” (emphasis original). Discussion of this approach in English language: <http://verfassungsblog.de/category/rescue-english/>, Discussion of this approach in German language: <http://verfassungsblog.de/category/rescue-german/>.

⁶³ CJEU, Case C-34/09, *Ruiz Zambrano* [2011] ECR I-0000, para 42.

⁶⁴ Cf. also Advocate General Poiares Maduro, Opinion delivered on 12 September 2007, C-380/05, *Centro Europa 7* [2008] ECR I-349, para 22: “Only serious and persistent violations which highlight a problem of systemic nature in the protection of fundamental rights in the Member State at issue, would, in my view, qualify as violations of the rules on free movement, by virtue of the direct threat they would pose to the transnational dimension of European citizenship and to the integrity of the EU legal order. However, so long as the protection of fundamental rights in a Member State is not gravely inadequate in that sense, I believe the Court should review national measures for their conformity with fundamental rights only when these measures come within the scope of application of the Court’s jurisdiction as defined in its case-law to date”.

⁶⁵ BVerfGE 75, 223, 240 ff.—Kloppenburg.

⁶⁶ BVerfGE 89, 155, 188, 209 f.

instrument transgresses the limits. Not *although* but *because* it has never come to the crunch as yet was it possible for the Federal Constitutional Court to again confirm this competence to exercise an “*ultra vires* review” in its *Lisbon* judgment and to complement it by what it called an “identity review” (*Identitätskontrolle*).⁶⁷ Accordingly, the Federal Constitutional Court reviews “whether the inviolable core content of the constitutional identity of the Basic Law pursuant to the third sentence of Article 23(1) in conjunction with Article 79(3) GG is respected”. The empowerment by the Basic Law to transfer sovereign powers to the European Union has its limits in the Constitution’s substantive core of identity, which is protected by Article 79(3) GG.⁶⁸ What is unassailable to the Constitution-amending legislature may not be open to integration in the future. The identity review follows from this recognition. At the same time, the identity review is underpinned by European law because it goes “hand in hand”⁶⁹ with the guarantee of national identity including the constitutional structures of the Member States pursuant to Article 4(2) TEU and with the principle of sincere cooperation pursuant to Article 4(3) TEU.

When actually exercising its review jurisdiction, the Federal Constitutional Court observes the principle of the Basic Law’s openness towards European law (*Europarechtsfreundlichkeit*). This principle is part of the appropriate sharing and assigning of responsibilities which is intended in a complex multilevel system. This line of reasoning was developed in the *Lisbon* judgment, i.e. the same decision which also introduces the identity review. The principle of openness towards European law acknowledges, and is an expression of the fact, that the Basic Law, as characterised by its Preamble and Article 23, is a Constitution which is open towards European law, a Constitution which demands participation in European integration and in the international peaceful order. All constitutional bodies, including the Federal Constitutional Court, are in the service of this duty to participate.

This principle of openness towards European law has a triple effect on the identity review. The standard of review which applies with regard to the review by the Federal Constitutional Court of acts of German state authority which are relevant under Community law has become more flexible by virtue of the qualifications provided by Article 23(1) GG. Furthermore, the jurisdiction over the applicability of secondary Community legislation is exercised in Germany in a “relation of cooperation” with the CJEU.⁷⁰ Thirdly, the exercise of the Federal

⁶⁷ BVerfGE 113, 273, 296.

⁶⁸ Article 79(3) GG reads as follows: “Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation in *Länder*, their participation on principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible”.

⁶⁹ BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267—Lisbon, Headnote 4 and para 240.

⁷⁰ BVerfGE 89, 155, 175 = NJW 1993, 3047—Maastricht. On the relationship of cooperation cf. for instance Sauer 2011, p. 94 ff.

⁷¹ BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267, 2272—Lisbon.

Constitutional Court's reserve competence may only exceptionally be considered if legal protection cannot be obtained at Union level.⁷¹

With regard to the powers of review mentioned above, the Federal Constitutional Court has created a monopoly for itself to prevent diverging decisions on applicability⁷²—the German ordinary courts are not entitled to exercise these powers. As for the relation of cooperation with the CJEU, the Federal Constitutional Court exercises the function of a “reserve” and of an “emergency brake”.

9 Interaction of Members of the Constitutional Courts

The beneficial cooperation of the different courts is made considerably easier by face-to-face discussions and mutual information between the respective judges and justices working there.⁷³ It is not without reason that there is a long-standing tradition of joint events, conferences, seminars and symposiums of judges and justices from different constitutional courts.⁷⁴ The cooperation, which is aimed at improving communication relations, is not restricted to the level of constitutional courts.⁷⁵

10 Conclusion

For decades, the CJEU, the ECtHR and the national constitutional courts have been faced with the task of performing their administration of justice in a mutually

⁷² BVerfGE 123, 267, 354, with reference to the legal concept of Article 100(1) GG; BVerfG NJW 1990, 974.

⁷³ A more sceptical view is held by Hoffmann-Riem 2002, p. 479.

⁷⁴ At the initiative of the constitutional courts of Yugoslavia, Italy and the Federal Republic of Germany, a conference of “the European Constitutional Courts and similar European institutions which exercise constitutional jurisdiction, in particular reviewing the conformity of legislation” was established in Dubrovnik as early as 1972; today, the Conference has 40 member courts as full members. Cf. on first years of the Conference Faller 1986, p. 42; on its further development and on further international meetings of justices Limbach 2008, p. 52 f. (“the impact of the Conference should not be underestimated”) and Häberle 2011, p. 460 f. (“The regular meetings of the constitutional courts of Europe ... do their share for the cause and for the methods of comparative law”).

⁷⁵ Worth mentioning is for instance the institution of the European Judicial Network in criminal matters (<http://www.ejn-crimjust.europa.eu>, created by Joint Action 98/428/JI of 29 June 1998, OJ EC L 101 of 7 July 1998, 4 ff.; furthermore: Eurojust—<http://www.eurojust.europa.eu>, established by Council Decision 2003/659/JHA of 18 June 2003, OJ EC L 63 of 6 March 2002, 1 ff.) and with regard to civil and commercial matters (<http://ec.europa.eu/civiljustice>, created by Council Decision 2001/470/EC of 28 May 2001, OJ EC L 174 of 27 June 2001, 25 ff.). What must be emphasised as well is the activity of the Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union (<http://www.juradmin.eu>, cf. Kraus 2008, p. 128; Pernice 2011, p. 155: “horizontal dimension of the judicial cooperation”).

coordinated manner. A simplifying hierarchy does not do justice to the relation of cooperation between European constitutional courts. The *Verbund* tools which have been described in this contribution spotlight the great variety and complexity of the joint performance of duties. Even occasional notes of discord have always resulted in productive power for new developments, so that one does not have to worry about the future of the cooperation between European courts.

References

- Everling U (2000) Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft. *Juristenzeitung*:217–227
- Faller H-J (1986) Zur Entwicklung der nationalen Verfassungsgerichte in Europa. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 13:42–61
- Grabenwarter C (2011) Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem—Wirkungen von EGMR-Urteilen und der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 38:229–232
- Grabenwarter C, Pabel K (2012) *Europäische Menschenrechtskonvention—Ein Studienbuch*. C. H. Beck, München
- Häberle P (2004) Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 31:117–125
- Häberle P (2011) *Europäische Verfassungslehre*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden
- Haltern U (2005) Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem. *Verwaltungsarchiv*:311–347
- Hirsch G (1997) Vorabentscheidungsvorlagen zum europäischen Gerichtshof durch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit. In: Bayerischer Verfassungsgerichtshof (ed) *Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung*. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, pp 45–62
- Hoffmann-Riem W (2002) Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*:473–483
- Hong M (2011) Caroline von Hannover und die Folgen—Meinungsfreiheit im Mehrebenensystem zwischen Konflikt und Kohärenz. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*:214–218
- Kirchhof F (2011) Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte. *Neue Juristische Wochenschrift*:3681–3686
- Kraus D (2008) Die kooperative Sicherung der Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und die Gemeinschaftsgerichte. *Europarecht Beiheft* 3:109–132
- Landau H (2008) Die Entwicklung der Menschenrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. *Deutsches Verwaltungsblatt* 20:1269–1277
- Limbach J (2008) Globalization of constitutional law through interaction of judges. *Verfassung und Recht in Übersee* 41:51–53
- Lübbe-Wolff G (2006) ECtHR and national jurisdiction—the *Görgülü* case. *Humboldt Forum Recht*:138–146
- Nordmann C (2009) “Rezipierte” Grundrechte für Schleswig-Holstein. *Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland* 2009:97–102
- Papier H-J (2006) Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*:1–3
- Papier H-J (2007) Die Rezeption allgemeiner Rechtsgrundsätze aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*:133–134

- Payandeh M (2009) Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart—Neue Folge* 57:465–502
- Pernice I (2011) Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit. *Europarecht*:151–168
- Pieroth B (2001) Book review of *Die Grundrechte der nordrhein-westfälischen Landesverfassung im Verhältnis zu den Grundrechten des Grundgesetzes*. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*: 1256–1257
- Rinken A (2001) Vorbemerkungen zu Art. 93. In: Denninger et al (eds) *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Luchterhand, Neuwied - Kriftel
- Rodríguez Iglesias GC (2003) Begrüßungsansprache des Präsidenten des Gerichtshofes. In: *Beiträge zum Kolloquium vom 3. Dezember 2002—Fünfzigjähriges Bestehen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften*. Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Luxemburg, pp 13–15
- Rohleder K (2009) Grundrechtsschutz im Europäischen Mehrebenensystem. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden
- Sauer H (2011) Europas Richter Hand in Hand?—Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH nach *Honeywell*. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*:94–97
- Schilling JM (2010) Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung. Mohr Siebeck, Tübingen
- Skouris V (2005) The position of the European Court of Justice in the EU legal order and its relationship with national constitutional courts. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 60:323–333
- Skouris V (2008) Stellung und Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens im europäischen Rechtssystem. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*:343–349
- Skouris V (2009a) Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zu den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten. In: *Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich* (ed) *Verfassungstag*, pp 15–29
- Skouris V (2009b) 50 Ans de la Cour Européenne des Droits de l’Homme Vus par les Autres Cours Internationales. *Bulletin des Droits de l’Homme* 14:1–9
- Steiner U (2009) Zum Kooperationsverhältnis von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte. In: *Detterbeck S et al (eds) Recht als Medium der Staatlichkeit: Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin, pp 653–668
- Störmer R (1998) Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 177 EGV durch Landesverfassungsgerichte. *Neue Justiz* 52:337–341
- Viellechner L (2011) Berücksichtigungspflicht als Kollisionsrecht. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*:203–207
- Voßkuhle A (2010) Der europäische Verfassungsgerichtsverbund. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*:1–8
- Voßkuhle A (2011) Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit im föderalen und europäischen Verfassungsverbund: am Beispiel des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart—Neue Folge* 59:215–243
- von Bogdandy A et al (2012a) Reverse Solange—protecting the Essence of fundamental rights against EU Member States. *Common Mark Law Rev* 49:489–520
- von Bogdandy A et al (2012b) Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte—Grundlagen einer unionsrechtlichen Solange-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten. *Heidelbg J Int Law*:45–78
- Wegener B (2011) Art. 267 AEUV. In: *Calliess C, Ruffert M (eds) EUV, AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*. C. H. Beck, München, pp 2342–2365

Le rôle du comité 255 dans la sélection du juge de l'Union

Jean-Marc Sauvé

Résumé Le comité institué par l'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a pour rôle d'évaluer l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général de la Cour de justice et du Tribunal avant que les gouvernements des États membres ne procèdent aux nominations. Cette construction, originale au plan international, met en œuvre le principe selon lequel la nomination des juges doit être fondée sur des critères objectifs de compétences et d'indépendance. Si le rôle du comité, qui rend des avis, est circonscrit, son utilité est néanmoins réelle : par la garantie supplémentaire qu'il apporte, en assurant une évaluation indépendante et objective des candidats, il contribue à affermir l'autorité de la justice de l'Union européenne.

Lors des négociations du Traité signé à Paris le 18 avril 1951 et instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, la composition et les compétences d'un organe juridictionnel firent l'objet d'intenses débats qu'il ne fut toutefois pas nécessaire de trancher au niveau ministériel. La délégation française proposa que les juges fussent nommés d'un commun accord par les États membres. Il fut objecté, notamment par certains membres de la délégation allemande, qu'une telle procédure de nomination placerait les juges dans une position de faiblesse vis-à-vis du pouvoir politique et semblait incompatible avec le principe

Vice-président du Conseil d'Etat de France; président du comité prévu par l'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Texte écrit en collaboration avec M. Olivier Fuchs, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que son auteur et non le comité 255.

J.-M. Sauvé (✉)

Conseil d'Etat de France, Paris, France

e-mail: secretariat.vicepresident@conseil-etat.fr

d'indépendance de la justice. La proposition française prévalut toutefois tant en 1951 qu'en 1957, dans le Traité de Rome.¹ La nomination des juges « d'un commun accord par les Etats membres » constitue depuis lors un principe, inscrit dans les traités, auquel il n'a jamais été dérogé.

Fruit d'un compromis politique, la Cour de justice des Communautés européennes puis de l'Union européenne a joué un rôle fondamental dans le développement de l'ordre juridique radicalement nouveau dont les fondations furent posées il y a 60 ans. Il suffit d'évoquer quelques-uns des « grands arrêts » portant sur l'articulation entre le droit de l'Union et les droits nationaux pour saisir l'importance de la justice de l'Union dans l'affirmation et la construction de son ordre juridique : les décisions *Van Gend en Loos* et *Costa c/Enel*, rendues alors que le contentieux communautaire était encore peu assuré, ont posé les bases des notions d'effet direct et de primauté ; les arrêts *CILFIT* et *Foto-Frost* ont précisé les critères du renvoi préjudiciel et affirmé le monopole de la Cour dans l'invalidation des actes du droit dérivé, tandis que, plus récemment, les affaires *Melki* et *Abdeli* ont permis de combiner cette obligation comme l'application effective du droit de l'Union avec des mécanismes nationaux, même prioritaires, de contrôle de la constitutionnalité des lois ; les décisions *Zuckerfabrik* et *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* ont, de leur côté, explicité le rôle du juge national du provisoire dans la bonne application du droit de l'Union ; les arrêts *Franovich et Bonifaci* et *Brasserie du pêcheur* ont posé les bases de la responsabilité des Etats en cas de violation du droit communautaire...² Une telle litanie d'arrêts pourrait être prolongée, manifestant le rôle essentiel de la Cour de justice, non seulement dans l'interprétation, l'application uniforme, l'appréciation de la validité d'un droit matériel de plus en plus étendu avec l'extension des compétences de l'Union et la diversification de ses politiques, mais encore dans l'émergence d'un véritable droit constitutionnel européen fondé sur une architecture des pouvoirs et la consécration de droits fondamentaux.

Le caractère primordial du rôle de la Cour de justice dans l'affirmation et l'affermissement de l'ordre juridique de l'Union apparaît donc avec évidence. D'une construction nécessairement politique du fait de son caractère interétatique est né, notamment sous l'impulsion des juges de l'Union, un ordre juridique

¹ Boerger-De Smedt 2008, p. 7.

² Voir respectivement CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos C/Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62 ; CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/Enel*, aff. 6/64 ; CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c/Ministère de la Santé*, aff. 283/81 ; CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85 ; CJUE, Gde Ch., 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. C-188/10 et C-189/10 ; CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrick Süderdithmarschen AG c/Hauptzollamt Itzehoe et Zuckerfabrick Soest c/Hauptzollamt Paderborn*, aff. C-143/88 et C-92/89 ; CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e.a. c/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. C-465/93 ; CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. c/République italienne*, aff. C-6/90 et C-9/90 ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c/Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/Secretary of State for Transport*, aff. C-46/93 et C-48/93.

propre, d'une nature très différente du droit international, car il imprègne, « informe » et intègre profondément les droits nationaux. La question du choix des juges de l'Union se pose avec d'autant plus d'acuité que la compétence des juridictions est considérable et ne cesse de s'étendre. Du traité d'Amsterdam au traité de Lisbonne, elle s'est notamment accrue de l'essentiel des contentieux relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, auquel est consacré le titre V du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ces extensions de compétence mettent en évidence la responsabilité et le rôle croissants qui incombent aux juridictions de l'Union dans son développement.

En d'autres termes, dans la justice de l'Union peut-être plus encore que dans les justices nationales, ce n'est pas seulement la robe des juges que l'on doit saluer. Ce sont leurs compétences et leurs qualifications qui doivent être révérees.³

Le système qui a existé jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne reposait exclusivement, dans son principe et, plus encore, sa mise en œuvre, sur la confiance mutuelle. Chaque Etat, au moment de la nomination d'un juge, était porté à faire confiance à l'Etat ayant présenté le candidat et, dans les faits, s'interdisait de porter une appréciation négative sur cette proposition. La volonté de mieux assurer le fonctionnement de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union a conduit à faire évoluer ce système. Le traité de Lisbonne a ainsi prévu la création d'un comité chargé de donner aux gouvernements des Etats membres un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général à la Cour de justice et au Tribunal de l'Union européenne.⁴

Ce comité, institué par l'article 255 du TFUE, d'où le nom de « comité 255 » qui lui est attribué, est « composé de sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, de membres des juridictions nationales suprêmes et de juristes possédant des compétences notoires... ». Le mandat de ses membres est de quatre ans et peut être renouvelé une fois. Six d'entre eux sont désignés par le Conseil de l'Union européenne sur proposition du président de la Cour de justice : outre l'auteur de ces lignes, il s'agit de M. Peter Jann, ancien juge à la Cour de justice, de Lord Mance, membre de la Cour suprême du Royaume Uni, de M. Torben Melchior, ancien président de la Cour suprême du Danemark, de M. Péter Paczolay, qui préside la Cour constitutionnelle de Hongrie et de Mme Virpi Tiili, ancienne juge au Tribunal de l'Union. Mme Ana Palacio, professeure de droit et conseiller d'État, qui a été députée au Parlement européen et ministre des affaires étrangères du Royaume d'Espagne, a été nommée sur proposition du Parlement européen.⁵ La composition du comité, telle qu'elle est fixée par l'article 255 du TFUE, lui permet de disposer d'une connaissance approfondie des systèmes juridiques des Etats membres, mais aussi des conditions

³ « D'un magistrat ignorant, c'est la robe qu'on salue » a écrit Jean de La Fontaine dans la fable *L'âne portant des reliques*.

⁴ Mais non au Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, voir ci-dessous.

⁵ Décision 2010/125/UE du Conseil du 25 février 2010 portant désignation des membres du comité prévu à l'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

concrètes de fonctionnement des juridictions de l'Union. Jointe aux origines, aux compétences et aux expériences diverses de ses membres, qui se sont avérées complémentaires, elle constitue un atout précieux pour l'exercice de sa mission.

Le comité, qui a pris ses fonctions le 1^{er} mars 2010, entame sa troisième année d'existence. Il œuvre dans le cadre défini par le traité et la décision du Conseil du 25 février 2010 relative à ses règles de fonctionnement.⁶ Il joue un rôle qu'il n'appartient pas à l'auteur de qualifier, mais qui ne saurait être regardé comme dépourvu d'intérêt et d'utilité : si les Etats sont toujours chargés de présenter les candidats et, d'un commun accord, c'est-à-dire à l'unanimité, de nommer les juges de l'Union, ces candidats sont désormais, préalablement à la nomination, évalués par un organe indépendant et qualifié, sur la base de critères permettant de se prononcer sur leurs compétences, leur expérience, leur aptitude et leur indépendance. Cette évaluation se traduit par un avis motivé, qui est favorable ou défavorable, sur l'adéquation du candidat à l'exercice des fonctions auxquelles il postule.

Avec le traité de Lisbonne et la création du comité 255, le système de sélection des juges de l'Union prend ainsi une coloration spécifique par rapport aux mécanismes qui ont été adoptés dans d'autres aires régionales, comme au niveau international (1). Ce système permet d'apprécier, en toute indépendance et avec exigence, l'aptitude des candidats à exercer les fonctions confiées aux membres de la Cour de justice et du Tribunal et d'éclairer ainsi la décision que doivent prendre les Etats membres sur leur nomination (2). Si le rôle que joue dans cette procédure le comité 255 est circonscrit et de surcroît non public, la mission qui lui est confiée par le traité contribue à affermir l'autorité de la justice de l'Union (3).

1 Un édifice original qui vise à garantir la primauté des critères de compétence et d'indépendance dans la sélection des juges de l'Union européenne

Né de la rencontre d'un principe et d'une idée (1.1), le comité 255 confère une réelle originalité au système de sélection des juges de l'Union européenne au regard de ceux adoptés par d'autres juridictions internationales et régionales (1.2).

1.1 La naissance du comité

Le comité 255 trouve sa source dans le principe, désormais reconnu dans tous les Etats de droit, selon lequel la nomination des juges doit être fondée sur des critères objectifs de mérite appréciés au regard des fonctions à exercer et dans l'idée qu'un

⁶ Décision 2010/124/UE du Conseil relative aux règles de fonctionnement du comité prévu à l'article 255 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

organe indépendant d'évaluation des candidatures peut aider à mettre en œuvre ce principe, même par un simple avis non rendu public. Ce principe et cette idée, distincts mais complémentaires, ont progressivement et de manière variée conquis du terrain dans les Etats, comme dans les organisations et juridictions internationales.

A la suite de diverses réflexions menées sur l'indépendance et l'impartialité de la justice, le principe selon lequel la nomination et les décisions relatives à la carrière d'un juge doivent être fondées sur des critères objectifs de compétence et d'indépendance, de qualification professionnelle et d'éthique personnelle, s'est imposé comme une garantie essentielle. Une telle garantie était déjà inscrite dans le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne, en son article 167 qui stipule que les juges et les avocats généraux « sont choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des juristes présentant des compétences notoires ». Cette formulation était elle-même directement inspirée de l'article 2 du Statut de la Cour internationale de justice.⁷ D'emblée présent dans le droit primaire, ce principe n'était pas ignoré par le droit interne de chacun des Etats fondateurs des Communautés. Cependant, l'impérieuse nécessité, pour les autorités compétentes, de se baser sur des critères objectifs pour la nomination des juges n'a pas cessé d'être réaffirmée depuis une trentaine d'années. Dans les travaux menés pour la promotion de l'Etat de droit et de l'indépendance de la justice, notamment par l'Organisation des Nations-Unies⁸ ou le Conseil de l'Europe dans le cadre du Conseil consultatif des juges européens (CCJE),⁹ l'importance de l'instauration de mécanismes permettant de rendre effectif ce principe a ainsi été soulignée.

Ce principe, qui s'inscrit dans un mouvement plus général de transparence de la décision publique, conduit à promouvoir des modalités concrètes permettant de garantir que la nomination d'un juge soit fondée sur des critères objectifs de compétence et d'indépendance permettant d'apprécier l'aptitude du candidat à

⁷ Aux termes de cet article, « la Cour est un corps de magistrats élus [...] parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des juristes possédant une compétence notoire en matière internationale ». Cette disposition avait déjà été reprise, en 1953, dans un projet de traité rédigé par un groupe *ad hoc*, qui a été selon Pierre Pescatore l'une des sources d'inspiration inavouées du traité de Rome. Voir Cohen 2009, p. 17.

⁸ Voir ainsi les points 10 et 13 des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, adoptés par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985.

⁹ Voir notamment le point 37 de l'avis n° 1 (2001) du Conseil consultatif de juges européens à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les normes relatives à l'indépendance et à l'inamovibilité des juges. Constamment réaffirmé depuis, ce principe est également présent, *mutatis mutandis*, dans la Magna Carta des juges, adopté par le CCJE le 17 novembre 2010, CCJE(2010)3.

exercer des fonctions juridictionnelles. En droit national, le choix est souvent fait d'instaurer un concours ou une procédure ouverte de sélection, quelle que soit sa forme, et de soumettre le recrutement à des conditions strictement énoncées, telles que l'exercice pendant un nombre défini d'années de certaines fonctions juridiques par le candidat. En ce qui concerne les juridictions internationales, ces solutions ne peuvent être aisément transposées.

L'idée qui a alors germé dans certains groupes de réflexion a été d'instaurer une entité indépendante, composée de membres qualifiés et reconnus, chargée de donner des avis aux gouvernements que ceux-ci, en pratique, suivraient. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a repris cette proposition dès 1994 dans une recommandation aux Etats parties.¹⁰ Dans son rapport présenté en janvier 2000, le Groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes, présidé par M. Ole Due, ancien président de la Cour de justice, a proposé que cette idée soit mise en œuvre pour la nomination des juges des Communautés européennes. Il préconisait en particulier la création « d'un comité consultatif composé de juristes hautement qualifiés et indépendants, qui soit en mesure de vérifier la compétence juridique des candidats présentés »,¹¹ la nomination de l'ensemble des membres de la Cour et du tribunal devant faire l'objet d'un examen sur la base d'un dossier complet présenté par chaque Etat membre.

Une telle proposition présentait l'avantage d'apporter des garanties supplémentaires à la procédure de nomination, sans imposer une refonte complète de celle-ci. Elle a été réitérée et précisée dans le rapport remis par le Cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour de justice au *Praesidium* de la Convention sur l'avenir de l'Europe¹² et elle a trouvé une traduction concrète dans les articles III-356 à III-358 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ces articles ont été repris, avec très peu de changements, aux articles 253 à 255 du traité de Lisbonne. D'autres suggestions ont en revanche été écartées, telles que l'allongement de la durée du mandat assorti de l'impossibilité de le renouveler¹³ ou encore la modification des conditions de nomination.¹⁴

¹⁰ Recommendation n° R(94)12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges, adoptée le 13 octobre 1994.

¹¹ Due et al. 2000.

¹² Rapport final du Cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour de justice, 25 mars 2003, CONV 636/03, Cercle I 13.

¹³ Le président de la Cour de Justice des Communautés européennes, M. Roberto Iglesias, ainsi que le président du Tribunal de première instance des Communautés européennes, M. Vesterdorf, ont proposé lors de leur audition par le Cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour de justice un allongement des mandats à douze années sans possibilité de renouvellement (voir CONV 572/03, CERCLE I 6 et CONV 575/03, CERCLE I 8).

¹⁴ Plusieurs membres du Cercle de discussion étaient ainsi favorables à une nomination par acte du Conseil statuant à la majorité qualifiée (voir Rapport final, précité). La possibilité d'une nomination des juges par le Parlement européen semble en revanche avoir d'emblée été écartée ; voir Alonso García 2010, pp. 5-6.

Le comité 255 est donc né de l'idée qu'un organisme consultatif indépendant pouvait, sans revenir sur le principe de la désignation d'un candidat par Etat membre et de sa nomination d'un commun accord par l'ensemble des Etats, permettre de mieux garantir le respect du principe selon lequel la nomination d'un juge doit être fondée sur des critères objectifs de compétence et d'indépendance. Un tel édifice demeure singulier en droit international.

1.2 Un mode original de sélection des juges

La procédure de nomination des juges de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne est, au regard des systèmes de sélection des juges des tribunaux internationaux et régionaux, une construction originale sans être totalement novatrice.

Si la procédure de sélection des juges des juridictions internationales et régionales varie, le schéma général qui se dégage est, pour la plupart de ces juridictions, assez proche.¹⁵ Les critères de fond sont de manière constante formulés en des termes voisins de ceux rappelés ci-dessus, qui ont été fixés pour la Cour internationale de justice ou la Cour de justice de l'Union. Quant à la procédure de désignation, les Etats participant au processus de sélection, ou les entités les représentant, peuvent proposer un ou des candidats qui sont élus à bulletins secrets par un organe intergouvernemental dans lequel sont représentés tous les Etats membres.¹⁶ La doctrine identifie une seule juridiction internationale dans laquelle la nomination des juges soit le fait d'un organe non gouvernemental : il s'agit de la Cour caribéenne de justice.¹⁷ Des critères autres que ceux de la compétence peuvent être pris en compte et, en particulier, un critère géographique dans les juridictions où le nombre de juges est inférieur à celui des Etats membres¹⁸ : l'équilibre dans la représentation des systèmes juridiques et des régions géographiques est ainsi souvent mis en avant.

¹⁵ Mackenzie et al. 2010; Mackenzie and Sands 2006, p. 213.

¹⁶ Sont toutefois élus à la Cour internationale de justice les juges ayant obtenu la majorité absolue des voix non seulement au sein de l'Assemblée générale mais également au Conseil de sécurité des Nations-Unies (article 10 du statut de la Cour).

¹⁷ Mackenzie et al. 2010, pp. 147–148.

¹⁸ Voir, par exemple, l'article 2 du statut du Tribunal international du droit de la mer ou l'article 3 du statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Une formulation négative, selon laquelle la Cour ne peut compter plus d'un juge d'une même nationalité, peut également garantir la diversité géographique (article 4 du statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, articles 3 du statut du Tribunal international du droit de la mer et du statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme). Le statut de la Cour internationale de justice précise que, lors de l'élection, les électeurs « assurent dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde » (article 9 du statut de la Cour).

De manière à promouvoir une plus grande rigueur et une certaine transparence dans le processus de sélection, des mécanismes d'évaluation des candidatures ont parfois été instaurés. Au sein de l'Organisation mondiale du commerce, un comité de sélection, composé de membres de l'organisation sous la présidence de son directeur général, évalue la compétence des candidats aux fonctions de membres au sein de l'Organe d'appel permanent de l'Organe de règlement des différends.¹⁹ Sa fonction diffère toutefois en pratique grandement de celle du comité 255 puisque cette commission, dont les membres représentent les différents organes de l'OMC, cherche en outre à bâtir un consensus sur les nominations.²⁰ Le statut de la Cour pénale internationale ouvre également à l'Assemblée des parties contractantes la possibilité de créer une commission consultative pour l'examen des candidatures, possibilité qui n'a pour le moment pas été mise en œuvre.²¹ Par conséquent, en règle générale, peu de procédures permettent d'assurer que, hors la sagesse des gouvernements des Etats parties, les critères exigeants définis par les statuts des juridictions internationales soient effectivement respectés par les candidats aux fonctions de juge.

Une dernière expérience, antérieure au traité de Lisbonne, doit être mentionnée. Au sein du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, créé par une décision du Conseil du 2 novembre 2004,²² un comité chargé d'examiner les candidatures aux fonctions de juge a été instauré par la même décision. Constitué pour une période de quatre années, ce comité est composé de sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal et de juristes possédant des compétences notoires. La procédure est très spécifique : dans la mesure où le principe d'un juge par Etat ne peut être mis en œuvre au sein de ce tribunal, les candidatures ne sont pas présentées par les Etats, mais procèdent d'une démarche personnelle. Lors de la mise en place de cette juridiction, ce sont ainsi 243 candidatures pour sept postes qui ont été reçues par le Conseil et examinées par le comité.²³ Ce dernier est chargé de donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et il assortit son avis d'une liste de personnes possédant l'expérience de haut niveau la plus appropriée.²⁴ C'est au Conseil qu'il revient de nommer les juges. Les critères que le comité doit mettre en

¹⁹ Mémoire d'accord sur le règlement des différends, annexe 2 de l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, signé à Marrakech le 15 avril 1994.

²⁰ Broude 2006, pp. 25–31; Mackenzie et al. 2010, pp. 157–158.

²¹ Article 34.4.c du statut de Rome de la Cour pénale internationale. Mackenzie et al. 2010, pp. 158–160.

²² Décision du Conseil du 2 novembre 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (2004/752/CE, Euratom) et modifiant le statut de la Cour de justice en y insérant un titre IV bis intitulé « Les chambres juridictionnelles » et une annexe I. La possibilité de créer des tribunaux spécialisés est désormais prévue à l'article 257 du TFUE.

²³ Sevón 2010.

²⁴ Cette liste doit comporter au moins deux fois plus de candidats que le nombre de postes offerts.

œuvre pour l'évaluation des candidatures sont proches *mutatis mutandis*, dans leur formulation, de ceux qui valent pour le comité 255. Mais, on le voit, des différences importantes existent entre les deux comités, dès lors que le comité du Tribunal de la fonction publique procède à une évaluation et à une sélection directes des candidats, sans qu'il n'y ait de candidature nationale, a fortiori unique.

Avec le comité 255, le système de sélection des juges de l'Union émerge donc comme une construction qui, si elle n'est pas entièrement nouvelle, est originale au regard des expériences menées dans d'autres juridictions internationales et régionales.

Un autre comité a été créé depuis la signature et l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. A l'initiative du président de la Cour européenne des droits de l'homme et dans le prolongement du point 8 de la déclaration d'Interlaken du 19 février 2010,²⁵ le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a en effet créé un « Panel consultatif d'experts » chargé de formuler un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge.²⁶ Les sept membres de cet organe ont été désignés le 8 décembre 2010 parmi « des membres de juridictions nationales suprêmes, d'anciens juges de juridictions internationales [...] et des juristes possédant des compétences reconnues ».²⁷ Le panel donne un avis sur chacun des trois candidats que chaque Etat du Conseil de l'Europe doit soumettre à l'Assemblée parlementaire chargée d'élire les juges de la Cour. Si un ou plusieurs candidats ne satisfont pas aux critères de la convention européenne des droits de l'homme,²⁸ il en informe l'Etat par un avis confidentiel. Il peut examiner de nouvelles candidatures se substituant aux précédentes. L'avis est également communiqué à l'Assemblée parlementaire, dont la sous-commission sur l'élection des juges à la Cour procède à l'audition des candidats.²⁹ Il convient toutefois de noter que la procédure devant le panel est en principe entièrement écrite. Si celui-ci peut demander des informations ou des documents à l'Etat qui présente un candidat, voire entendre son représentant, il ne peut procéder à l'audition du candidat.

²⁵ Aux termes de ce point 8, « soulignant l'importance de maintenir l'indépendance des juges et de préserver l'impartialité et la qualité de la Cour, la Conférence appelle les Etats parties et le Conseil de l'Europe à [...] assurer, au besoin en améliorant la transparence et la qualité des procédures de sélection aux niveaux national et européen, que les critères de la Convention relatifs aux conditions d'exercice de la fonction de juge à la Cour, notamment des compétences en droit public international et concernant les systèmes légaux nationaux ainsi que de bonnes connaissances au moins d'une langue officielle, soient pleinement respectés ».

²⁶ Résolution CP/Res(2010)26 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en date du 10 novembre 2010 sur la création d'un Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁷ CM/Res(2010)26, CM/Del/Déc(2010) 1097 bis/1-2b et 1098/1.7 du 8 décembre 2010.

²⁸ Son article 21-1 dispose que : « les juges doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des juriconsultes possédant une compétence notoire ». Le panel adopte ses avis par consensus et, faute de consensus à la majorité qualifiée de cinq membres sur sept selon ses règles de fonctionnement adoptées le 10 novembre 2010.

²⁹ Point 5 de la résolution CP/Res(2010)26 précitée.

Le comité 255 est donc une institution originale : il n'est pas excessif de souligner à cet égard que l'Union européenne a joué, par ses réflexions, ses premières propositions et ses réalisations, un rôle de pionnier pour fonder sur des bases objectives l'évaluation des candidats à des fonctions juridictionnelles internationales. La création du comité s'inscrit toutefois dans un mouvement naissant de développement des mécanismes permettant l'évaluation par une entité indépendante des candidatures présentées pour certaines juridictions internationales.

2 Un examen approfondi des candidatures qui permet d'apprécier, en toute indépendance et avec exigence, l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions confiées aux membres de la Cour de justice et du Tribunal

Le comité 255 procède à un examen approfondi des candidatures qui lui sont soumises en utilisant, dès lors que cela lui apparaît nécessaire, les moyens d'investigation mis à sa disposition afin d'obtenir tous les renseignements utiles sur le candidat (2.1). Il se prononce ensuite en toute indépendance et de manière rigoureuse, au regard des critères énoncés par le Traité qu'il a été conduit à expliciter et préciser, sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions confiées aux membres de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne (2.2).³⁰

2.1 Une procédure permettant un examen approfondi des candidatures

Les modalités d'examen des candidatures par le comité lui permettent de disposer d'éléments d'appréciation appropriés pour qu'il puisse pleinement exercer sa mission.

Sur le fondement du point 7 de ses règles de fonctionnement, qui prévoient que seuls les candidats à un premier mandat de juge ou d'avocat général sont entendus dans le cadre d'une audition non publique,³¹ le comité a été conduit à déterminer des modalités différentes d'instruction et d'examen des candidatures, selon

³⁰ Pour de plus amples informations sur ces points, voir également le rapport d'activité du comité pour l'année 2011. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st06/st06509.fr11.pdf>. Consulté le 29 mars 2012.

³¹ La possibilité de faire des auditions avait été écartée par le Cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour justice (voir son rapport final précité).

qu'elles se rapportent à des propositions ayant pour objet le renouvellement d'un mandat de juge ou des propositions à un premier mandat.

Dans ces deux hypothèses, le comité s'attache à disposer de toutes les informations nécessaires à l'exercice de sa mission, en usant, lorsqu'il l'estime utile, de la faculté qu'il tient du second alinéa du point 6 de ses règles de fonctionnement, de demander au gouvernement dont émane la proposition, « de lui transmettre des informations complémentaires ou d'autres éléments qu'il juge nécessaires à ses délibérations ». Le comité ne met pas en œuvre de mécanisme autonome d'investigation, en dehors de la consultation éventuelle des travaux écrits publiés par le candidat : il ne sollicite notamment pas la transmission de documents ou d'appréciations autres que ceux qui lui sont transmis d'initiative ou à sa demande par les gouvernements ou les candidats eux-mêmes. Mais si des informations factuelles relatives à un candidat parvenant à la connaissance du comité étaient de nature à étayer une appréciation défavorable, le comité ne les prendrait en considération qu'après que le candidat et/ou le gouvernement dont émane la candidature auraient, au préalable, été mis à même d'en discuter la pertinence et le bien-fondé.

S'agissant des propositions ayant pour objet le renouvellement d'un mandat de juge, le comité se fonde essentiellement sur les éléments transmis par les Etats membres. Toutes les propositions ayant à ce jour été accompagnées d'un curriculum vitae détaillé du candidat et, pour certaines, d'une liste des travaux écrits de l'intéressé ayant fait l'objet d'une publication, le comité n'a pas jugé nécessaire, pour le moment, de demander aux gouvernements la transmission d'informations complémentaires. Sur la base de ces éléments, et bien qu'il ne puisse procéder à l'audition des candidats au renouvellement de leur mandat, le comité procède à une analyse approfondie des candidatures et à une évaluation effective de l'adéquation de celles-ci aux critères prévus par le traité. Le comité estime en effet que, si l'exercice préalable d'un mandat de juge dans une juridiction de l'Union est un élément d'appréciation essentiel qu'il doit prendre en considération dans l'évaluation d'une candidature, cet élément ne saurait à lui seul être déterminant pour apprécier l'adéquation de cette candidature à l'exercice d'un nouveau mandat. Le comité pourrait ainsi émettre un avis défavorable, s'il estimait qu'un candidat proposé pour un renouvellement de son mandat ne possédait pas, ou ne possédait plus, les capacités requises pour l'exercice de hautes ou de très hautes fonctions juridictionnelles, selon que l'intéressé est candidat aux fonctions de juge au Tribunal de l'Union ou de juge (ou avocat général) à la Cour de justice. Il estime pouvoir porter une telle appréciation sans procéder à une évaluation du travail juridictionnel, au demeurant le plus souvent collégial, au titre du mandat arrivé à échéance, ce qui porterait bien sûr atteinte au principe d'indépendance de la justice.

S'agissant des candidats à un premier mandat de juge ou d'avocat général, auxquels sont assimilés les candidats qui exercent leurs fonctions dans d'autres juridictions de l'Union ou qui ont, dans le passé, exercé des fonctions dans la même juridiction, le comité souhaite disposer des éléments les plus complets pour évaluer les candidatures, le cas échéant en adressant aux gouvernements une demande d'éléments complémentaires. C'est pourquoi le comité prend systématiquement connaissance du *curriculum vitae* et d'une lettre de motivation du

candidat, d'une liste bibliographique de ses travaux, d'un texte récemment publié dont il est l'auteur, ainsi que d'autres travaux lorsque ceux-ci sont publiquement disponibles. Le comité prend également connaissance de la procédure au terme de laquelle le candidat a été sélectionné par l'Etat membre ainsi que des motifs essentiels l'ayant conduit à retenir ce candidat. Il sollicite ces informations s'il n'en dispose pas. L'existence ou l'absence d'une procédure nationale de sélection fondée sur le mérite et offrant des garanties en termes d'évaluation indépendante et objective des candidatures peut en effet étayer l'appréciation portée sur l'adéquation de la candidature aux fonctions proposées, dans un sens positif ou, au contraire, négatif. Cet élément, qui bien entendu ne peut être à lui seul d'information qui bien entendu ne peut être à lui seul déterminant participe de l'appréciation globale que le comité porte sur l'adéquation de la candidature aux fonctions proposées.

Les pièces du dossier qui sont ainsi recueillies et analysées sont complétées par l'audition de ces candidats. Cette audition dure une heure, dix minutes étant consacrées à un exposé liminaire, au cours duquel le candidat se présente et justifie brièvement sa candidature, et cinquante minutes à des questions posées par les membres du comité. Cet exercice est évidemment indispensable pour que le comité se forge, au-delà des pièces du dossier, une conviction sur l'aptitude du candidat à exercer les fonctions auxquelles il postule.

Le comité 255 s'efforce donc, par les méthodes qu'il met en œuvre, d'évaluer de la manière la plus sérieuse et la plus complète possible les candidatures qui lui sont soumises. Il fonde ses avis sur des éléments aussi complets, sûrs et objectifs que possible. Dans toutes les hypothèses, les avis qu'il rend à l'issue de l'examen des candidatures, quel que soit leur sens, reflètent de manière exacte et fidèle, par leur motivation et leur conclusion, l'appréciation qu'il porte sur chacune des candidatures. Le comité, au travers du débat collégial approfondi qui est un principe essentiel de son fonctionnement et grâce à l'expérience et aux compétences de chacun de ses membres, ne censure, ni ne réfrène dans ses avis le sens de l'appréciation qu'il porte effectivement sur les candidatures qu'il examine.

2.2 Les critères d'évaluation des candidats

L'analyse que fait le comité des critères prévus par le traité lui permet d'apprécier de manière rigoureuse chacune des candidatures qui lui sont soumises.

Aux termes de l'article 255 du TFUE, l'avis que rend le comité porte sur « l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général de la Cour de justice et du Tribunal » de l'Union européenne. Cet article renvoie aux articles 253 et 254 du TFUE.

L'article 253 prévoit que les juges et les avocats généraux de la Cour de justice sont choisis « parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant

des compétences notoires », tandis que, selon l'article 254, les membres du Tribunal sont choisis « parmi les personnes offrant toutes les garanties d'indépendance et possédant la capacité requise pour l'exercice de hautes fonctions juridictionnelles ».

Ces critères sont exhaustifs, mais le comité a néanmoins estimé nécessaire, afin d'exercer pleinement sa mission, de les expliciter et de les préciser au travers de six éléments qu'il apprécie lors de l'examen de chaque candidature. Si l'appréciation qu'il porte sur chaque candidature présente un caractère global, le comité estime qu'un clair déficit au regard de l'un de ces éléments pourrait être de nature à justifier un avis défavorable.

Les trois premiers de ces éléments sont en lien avec la capacité à exercer de très hautes ou de hautes fonctions juridictionnelles ou avec la qualité de juriste possédant des compétences notoires : le comité prend en considération, à cet égard, les capacités juridiques du candidat, son expérience professionnelle et son aptitude à exercer les fonctions de juge. Il apprécie naturellement ces éléments à la lumière des exigences exprimées à l'article 255 du TFUE, c'est-à-dire au regard de l'aptitude de chaque candidat à exercer les fonctions de juge ou d'avocat général au sein de la Cour de justice et du Tribunal.

2.2.1 Les capacités juridiques

Les capacités juridiques sont appréciées à partir d'un examen du parcours professionnel du candidat et des textes qu'il a publiés. Pour les candidats à un premier mandat, l'audition à laquelle procède le comité peut conduire à confirmer, compléter ou infirmer l'analyse initiale des pièces du dossier. Il ne s'agit pas, pour le comité, d'évaluer le volume des connaissances juridiques des candidats – même si de telles connaissances sont utiles, notamment lorsqu'elles sont en relation avec des domaines d'activité des juridictions de l'Union européenne. Mais des lacunes graves ou multiples sont de nature à jeter un doute sur les capacités d'un candidat. Au-delà des connaissances, le comité attend du candidat la démonstration d'une véritable capacité d'analyse et de réflexion sur les conditions et les mécanismes d'application du droit, en particulier de l'application du droit de l'Union dans les systèmes juridiques des Etats membres. Il s'attache donc à déterminer l'étendue et la solidité des connaissances des grandes problématiques judiciaires, des enjeux liés à l'Etat de droit et des principaux aspects du système juridique de l'Union, mais aussi l'aptitude des intéressés à réfléchir sur l'application du droit européen par les systèmes juridiques des Etats membres et sur les relations entre ces systèmes et ce droit.

2.2.2 L'expérience professionnelle

Pour apprécier l'expérience professionnelle, le comité prend en compte son niveau, sa nature et sa durée. Si le comité prend en considération toutes les fonctions

et activités qui ont pu être exercées, il est particulièrement attentif, dans l'examen du parcours du candidat, aux fonctions de haut niveau exercées par lui, qualification qu'il apprécie dans le respect de la diversité des pratiques et des systèmes juridictionnels, administratifs et universitaires des différents Etats membres. Le comité ne privilégie pas un profil particulier de candidats, pourvu que les fonctions exercées mettent en évidence l'aptitude du candidat à l'indépendance d'esprit ainsi que sa capacité à faire des analyses et à prendre des décisions sur une base juridique. S'agissant de la durée de l'expérience professionnelle, le comité estime, en retenant une analogie entre les fonctions de juge et les emplois de niveau équivalent dans la fonction publique de l'Union européenne, ainsi qu'en référence aux pratiques nationales dont il a connaissance, qu'elle pourrait difficilement être regardée comme suffisante en-deçà d'une vingtaine d'années de fonctions de haut niveau pour les candidats aux fonctions de juge ou d'avocat général à la Cour de justice et en-deçà d'une douzaine, voire d'une quinzaine d'années de fonctions de même nature, pour les candidats aux fonctions de juge au Tribunal. Le comité estime donc en principe ne pouvoir émettre un avis favorable, lorsque les candidatures présentées ne répondent pas à cette exigence de durée minimale de l'expérience professionnelle. Cette présomption peut toutefois être renversée, dès lors que le candidat manifeste par ailleurs des capacités juridiques exceptionnelles.

2.2.3 L'aptitude à exercer des fonctions de juge

Le comité porte également une attention particulière à la connaissance et à l'intériorisation par le candidat des exigences du métier de juge à la Cour de justice ou au Tribunal de l'Union européenne. Il s'agit de déterminer, à l'aune de l'expérience qu'ont acquise les membres du comité dans les fonctions qu'ils exercent ou ont exercées dans le domaine juridique, si le candidat prend pleinement la mesure des responsabilités qui pourront lui être confiées, des exigences contraignantes du métier de juge, notamment en termes d'indépendance et d'impartialité, mais aussi en termes de charge de travail et d'aptitude à prendre des positions claires et motivées en droit.

2.2.4 Les connaissances linguistiques et l'aptitude à travailler dans un environnement international

Le comité prend également en considération les connaissances linguistiques du candidat et son aptitude à travailler dans un environnement international dans lequel sont représentées plusieurs traditions juridiques. La maîtrise de plusieurs langues officielles de l'Union européenne ou, à tout le moins, leur compréhension et la capacité au moins potentielle du candidat de maîtriser la langue de travail des juridictions européennes et d'être ainsi à même de participer au débat collégial constituent, pour le comité, un élément d'appréciation important.

L'aptitude du candidat à travailler dans un environnement international dans lequel sont représentées plusieurs traditions juridiques est, quant à elle, appréciée au regard de la capacité de ce candidat à appréhender les grandes catégories et les principes de fonctionnement des systèmes juridiques des Etats membres de l'Union européenne, autres que celui de l'Etat proposant la candidature, et de son aptitude à concevoir les questions que peut y poser l'application du droit de l'Union. Une expérience ou des activités européennes ou internationales peuvent, à cet égard, constituer un atout.

2.2.5 L'indépendance et l'impartialité

Les garanties d'indépendance et d'impartialité figurent expressément parmi les critères d'examen des candidatures mentionnés aux articles 253 et 254 du traité. De telles garanties qui sont essentielles sont sans doute délicates à apprécier au travers des seuls dossiers de candidature transmis par les gouvernements des Etats membres et de l'audition à laquelle procède, le cas échéant, le comité. Ce dernier s'efforce néanmoins de déterminer si des éléments, de quelque nature que ce soit, sont susceptibles de conduire à émettre une réserve sur la capacité du candidat à exercer les fonctions de juge avec indépendance et impartialité. Le comité peut ainsi être conduit à interroger le candidat ou le gouvernement ayant transmis la proposition sur un ou plusieurs éléments de la candidature qui seraient de nature à susciter un doute sur la possibilité, pour le candidat, d'exercer des fonctions de juge en toute indépendance et avec impartialité.

2.3 La motivation de l'avis

Aux termes du premier alinéa du point 8 des règles de fonctionnement du comité : « L'avis rendu par le comité est motivé. La motivation énonce les raisons essentielles sur lesquelles le comité a fondé son avis ». Par conséquent, le comité s'attache à rendre compte dans ses avis, non seulement des initiatives qu'il a prises pour compléter le dossier de candidature et recueillir les informations nécessaires, mais aussi de l'appréciation circonstanciée qu'il a portée après l'examen du dossier et, le cas échéant, l'audition du candidat. Cette motivation est, quel que soit le sens de l'avis, de nature à éclairer les gouvernements des Etats membres non seulement sur les critères précis d'évaluation qu'il met en œuvre, mais encore sur leur application concrète dans chaque cas d'espèce. Elle peut aussi, d'une manière générale, contribuer à guider ces gouvernements dans le choix qu'ils font du candidat qu'ils présentent, comme elle peut orienter la définition par eux de la procédure nationale conduisant à sa sélection. Il faut encore souligner que si la motivation d'un avis n'est pas en mesure d'éclairer complètement les gouvernements des Etats membres, il est loisible à la présidence de l'Union de demander au président du comité de présenter cet avis aux représentants des gouvernements

réunis au sein du Conseil, ainsi que le prévoit le point 8 des règles de fonctionnement du comité.

Le comité 255 met donc pleinement en œuvre les possibilités d'investigation qui sont les siennes pour examiner de la manière la plus approfondie possible les candidatures qui lui sont soumises. Il se prononce avec scrupule, rigueur et de manière aussi complète que possible sur l'adéquation des candidatures au regard de critères qu'il a précisés. Enfin il rend compte, par la motivation de ses avis, des analyses qu'il a effectuées.

3 Une mission qui contribue à affermir l'autorité de la justice de l'Union européenne

Le rôle du comité est limité en ce qu'il n'a pas vocation, en l'état des traités, à se substituer aux Etats membres dans le choix des candidats et la nomination des juges. Ce rôle présente néanmoins un réel intérêt pour affermir la légitimité du système juridictionnel de l'Union (3.1). La mission du comité pourrait néanmoins être amenée à évoluer (3.2).

3.1 Un rôle circonscrit, mais utile

Le comité joue un rôle utile, parce que son activité s'inscrit dans le temps du fonctionnement des institutions de l'Union et qu'elle lui permet d'être entendu au travers des avis qu'il rend. En même temps, les limites de son intervention ne sauraient être méconnues.

3.1.1 Les délais

L'activité du comité, qui a débuté le 1^{er} mars 2010, a été soutenue durant ses deux premières années d'existence, puisqu'il a examiné en 2010 les candidatures consécutives à l'expiration du mandat de quatorze juges du tribunal de l'Union et qu'il procède en 2012 à l'examen des candidatures consécutives à l'expiration du mandat de quatorze juges et quatre avocats généraux de la Cour de justice, sans préjudice des candidatures qu'il est conduit à examiner en cas d'interruption anticipée d'un mandat. Au 31 mars 2012, soit après 25 mois d'activité, il s'était prononcé sur trente-six candidatures, dont dix-sept à la Cour de justice, incluant six nouvelles candidatures, et dix-neuf au Tribunal, incluant huit nouvelles candidatures. A cette date, ce sont donc quatorze nouvelles candidatures, avec audition des candidats, qui ont été examinées, ainsi que vingt-deux propositions de renouvellement.

Aucune disposition juridique n'encadre le délai dans lequel le comité doit avoir examiné une candidature. Dans les faits, le comité rend son avis dans un délai compris entre quarante-cinq et quatre-vingt-dix jours à compter de l'envoi par un Etat membre d'une candidature au Conseil de l'Union. Ce délai de quatre-vingt-dix jours n'a été dépassé que dans un seul cas et, à quatre occasions, le comité s'est prononcé dans un délai inférieur à 45 jours. Il a pour le moment accompli sa tâche dans un délai moyen de 72 jours qui, dans la quasi-totalité des cas, s'est écoulé *avant* l'expiration des mandats en cours. Ces observations statistiques démontrent que le comité est pleinement conscient des responsabilités qui lui incombent dans le bon fonctionnement de la justice de l'Union européenne. Il est important de souligner que, lorsqu'un renouvellement partiel des membres d'une juridiction est prévu, le processus de dépôt des candidatures commence bien avant l'échéance des mandats – la Cour de justice veille légitimement à ce qu'il soit engagé aussi tôt que possible – et le comité peut dès lors se prononcer très précocement, sous réserve que les candidatures soient effectivement présentées par les Etats concernés dans les délais qui leur sont impartis : par exemple avant le 15 décembre 2011 pour le renouvellement partiel de la Cour de justice prévu le 7 octobre 2012. Ainsi, en vue de ce renouvellement qui concerne les mandats de dix-huit membres de la Cour, le comité s'était prononcé, au 9 mars 2012, soit neuf mois avant le terme de ces mandats, sur quatorze candidatures, correspondant à la totalité de celles qui avaient été présentées par les Etats.

La marge de manœuvre que, de manière générale, veille à préserver le comité pourrait ainsi permettre, à la suite du retrait d'une candidature, de présenter et d'examiner en temps utile une nouvelle proposition d'un Etat. Elle pourrait également permettre de prendre en compte l'« effet de domino » pouvant résulter de la nomination dans une juridiction de l'Union (par exemple la Cour de justice) d'un juge exerçant dans une autre juridiction (par exemple le Tribunal de l'Union) : l'Etat concerné doit en effet, dans ce cas, transmettre une seconde candidature pour le poste devenu vacant. Le comité planifie son travail pour faire face à de telles éventualités.

Par conséquent, sous réserve que les Etats membres respectent les échéances qui leur sont fixées pour présenter les candidatures ou se préoccupent de combler rapidement les vacances qui peuvent survenir en cours de mandat, la création du comité ne doit pas avoir d'incidence négative sur le fonctionnement de la justice de l'Union.

3.1.2 Les limites

Le comité, qui veille ainsi à s'inscrire dans le temps du fonctionnement des institutions de l'Union européenne, assume cependant un rôle circonscrit, car il n'émet qu'un simple avis, non contraignant pour les Etats. Cet avis porte sur une seule candidature par poste à pourvoir : le comité ne peut par conséquent classer des candidatures multiples ou privilégier un profil au détriment d'un autre. Il se borne à se prononcer sur l'aptitude ou l'absence d'aptitude du candidat unique qui

est présenté par l'Etat membre. Enfin l'avis rendu par le comité 255 n'est pas public. Cette absence de publicité résulte des règles de fonctionnement du comité, telles qu'elles ont été fixées par la décision du Conseil du 25 février 2010. Mais elle a une portée plus large que la simple obligation de ne pas divulguer les avis au-delà des gouvernements des Etats membres qui en sont les seuls destinataires. L'analyse que fait le comité du règlement n° 1049/2001 du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents des institutions de l'Union, et du règlement n° 45/2001 du 18 décembre 2000, relatif à la protection des données à caractère personnel, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour de justice dans son arrêt du 29 juin 2010 *Commission européenne c/The Bavarian Lager Co. Ltd*,³² le conduit en effet à estimer que ni le sens des avis qu'il donne, ni même les suites qui ont été données par les gouvernements à ces avis, ne peuvent être rendus publics, que ce soit directement ou indirectement par le biais, par exemple, de statistiques détaillées. Les règles de protection des données à caractère personnel limitent donc la transparence qui s'attache à l'action du comité. Indépendamment de ces considérations juridiques contraignantes, l'absence de publicité des avis répond aussi à une exigence de sagesse : elle permet de ménager la réputation des candidats et surtout de ne pas dissuader ou décourager des candidatures.

Toutefois, en respectant pleinement les règles de protection des données personnelles rappelées ci-dessus, le comité a décidé de sa propre initiative de rendre compte de son activité dans un rapport publié au terme de sa première année d'existence, en février 2011. Un nouveau rapport sera publié au terme de sa troisième année de fonctionnement.

3.1.3 L'utilité

Il serait toutefois erroné de déduire de l'absence de publicité des avis et de leur nature simplement consultative que ceux-ci ne peuvent exercer qu'une influence réduite. Tout d'abord, à défaut de force juridiquement contraignante, les avis sont revêtus d'une autorité morale qui découle de l'institution du comité par le TFUE lui-même, des règles qui gouvernent sa composition et la nomination de ses membres, comme des titres et de l'expérience de ceux-ci. En outre, tous les gouvernements des Etats membres ayant connaissance des avis rendus, il paraît peu probable qu'à supposer qu'un Etat décide de maintenir une candidature qui aurait reçu un avis défavorable, celle-ci obtienne l'unanimité nécessaire à la nomination. Cet aspect des choses ne saurait être ignoré.

Enfin, la simple existence, avec le comité 255, d'une procédure indépendante d'évaluation des candidatures, avant que les Etats membres ne procèdent aux nominations, ne peut manquer d'exercer un effet à la fois dissuasif et vertueux sur la sélection par les Etats membres des candidats effectivement les plus aptes à assumer les fonctions de juge ou d'avocat général. La motivation des avis –

³² 29 juin 2010, C-28/08.

comme les rapports d'activité du comité – peuvent à cet égard apporter d'utiles informations sur les chances et les risques de telle ou telle candidature.

Si le rôle du comité est donc limité, il apporte, depuis sa création, une garantie supplémentaire dans la procédure de nomination des membres de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne.

3.2 Des perspectives d'évolution

Le comité 255 a assumé le rôle qui lui a été confié par le TFUE dans le processus de sélection des juges de l'Union et les pouvoirs dont il dispose sont globalement adaptés à la mission qui lui incombe. Dans le cadre d'une éventuelle réforme du système juridictionnel de la Cour de justice, des perspectives d'évolution peuvent néanmoins être tracées.

Le rôle du comité a été délibérément limité à la possibilité de donner un avis non contraignant sur une candidature. Ses pouvoirs n'ont pas été voulus plus importants, afin de respecter le principe de souveraineté des Etats membres dans la nomination des juges. C'est pour cette raison que n'a pas été retenue la possibilité que le comité fasse un choix ou établisse un classement entre plusieurs candidats d'un même Etat, alors que cette idée avait été évoquée au sein du Cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour de justice mis en place dans le cadre de la Convention sur l'avenir de l'Europe. De même, le comité ne se prononce pas, dans ses avis, sur les besoins spécifiques de la Cour, ni sur sa composition à partir de critères, tels que le meilleur dosage des origines professionnelles et des spécialités juridiques des juges, voire l'équilibre entre les hommes et les femmes. Si cette limitation de son rôle a parfois pu être regrettée,³³ le comité n'a pas été conçu comme un organe responsable de la composition de la Cour, mais comme une entité permettant d'alerter les Etats sur l'absence d'adéquation entre une candidature et les fonctions juridictionnelles à exercer. Il ne peut davantage imposer qu'une procédure nationale de sélection des candidats fondée sur le mérite, objective et indépendante soit mise en place, ni imposer qu'une telle procédure, là où elle existerait, soit effectivement respectée.

De la même manière, il résulte du principe de souveraineté des Etats que ceux-ci peuvent décider de ne pas proposer le renouvellement d'un juge. Il existe clairement une tension entre la liberté qui est la leur de ne pas proposer un nouveau mandat et le principe d'indépendance de la justice. Le comité n'est toutefois pas en mesure de se prononcer sur la décision d'un gouvernement national de ne pas renouveler un juge sortant. Son rôle se limite à vérifier si le candidat présenté pour succéder à un juge qui ne serait pas renouvelé possède bien l'expérience et les qualifications nécessaires à l'exercice des mêmes fonctions. Au demeurant, la réponse à ce problème qui est réel réside davantage dans l'allongement de la durée du mandat – à 12 ans par exemple –

³³ Lord Mance 2011.

assorti du non-renouvellement que dans une procédure qui consisterait à contrôler la décision d'un Etat de ne pas renouveler un mandat.

Le rôle du comité pourrait toutefois évoluer dans le cadre des réformes qui sont envisagées du système juridictionnel de l'Union européenne. Le président de la Cour de justice, M. Skouris, a en particulier soumis en avril 2011 au Conseil de l'Union européenne des propositions de réforme afin de faire face à l'importante charge de travail des organes juridictionnels de l'Union. L'une des propositions consiste dans l'augmentation de 27 à 39 du nombre des juges du tribunal de l'Union.³⁴ Cette proposition a été accueillie favorablement par le Conseil et le Parlement. L'une des questions que pose cette proposition est de savoir comment seront désignés les juges supplémentaires. Les Etats pourraient, par rotation, proposer un juge supplémentaire qui serait alors nommé selon la procédure actuelle des articles 254 et 255 TFUE. Mais une autre possibilité consisterait à nommer les juges supplémentaires à partir d'une liste de candidats sélectionnés, à l'issue d'un appel à candidatures, par le comité 255, celui-ci pouvant être habilité à les classer par ordre de mérite. Cette dernière évolution impliquerait toutefois de réviser les textes régissant le comité, afin que celui-ci puisse, sur une base juridique appropriée, procéder à une telle sélection. Si ce projet se concrétise, dans une variante qui reste à déterminer, les compétences du comité 255 pourraient ainsi être élargies.

Dans le contexte d'une réforme plus ample de la composition des juridictions de l'Union, il conviendrait aussi de s'interroger sur la possibilité que les Etats membres présentent plusieurs candidatures pour un poste à pourvoir, ce qui permettrait au comité de procéder à l'évaluation et à la hiérarchisation de celles-ci, avant qu'il ne soit procédé aux nominations. Une telle inflexion du pouvoir de proposition des Etats ne remettrait pas substantiellement en cause le rôle éminent qui leur incombe dans le processus de nomination des juges.

Enfin, la question du rôle éventuel du comité dans la désignation du juge de l'Union européenne à la Cour européenne des droits de l'homme pourra aussi être posée.

Le travail du comité 255 consistant, dans le cadre du TFUE et de la décision du Conseil du 25 février 2010, à évaluer les candidatures aux fonctions juridictionnelles dans l'Union ne fait que commencer : il doit être poursuivi et approfondi. Mais le chemin parcouru depuis deux années montre que le comité ne conçoit pas sa mission comme une garantie de procédure apparente ou formelle dans le processus de nomination des juges et des avocats généraux de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. La responsabilité de ce processus repose essentiellement, ainsi que le prévoit le traité, sur les gouvernements des Etats membres qui, individuellement, proposent les candidatures et, réunis ensemble, nomment à ces fonctions. La force du comité réside dans sa capacité à

³⁴ Draft amendments to the Statute of the Court of Justice of the European Union, 2011/0901 (COD), 8787/11, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st12/st12745-re01.fr11.pdf>, consulté le 29 mars 2012; Réforme du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, 2011/0901 (COD), 12745/1/11, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st12/st12745-re01.fr11.pdf>, consulté le 29 mars 2012.

assumer pleinement la mission qui lui est confiée sans empiéter sur les compétences des Etats, c'est-à-dire en faisant vivre l'équilibre original voulu par le traité.

Il ne faut bien sûr pas se méprendre sur le rôle et l'influence du comité, dont les compétences, plus encore que les moyens d'action, sont circonscrites. Mais tel qu'il fonctionne, il est en mesure de marquer de son empreinte la sélection des juges de l'Union, en apportant une garantie supplémentaire par l'évaluation indépendante et objective des mérites des candidats et de leur aptitude à exercer les fonctions auxquelles ils postulent. En outre, cette évaluation est susceptible d'exercer une réelle influence sur le processus ultérieur de nomination des juges. En l'état, la mission du comité est donc certes modeste, mais sa portée n'est pas négligeable et ne saurait être sous-estimée. Le rôle du comité pourrait certainement évoluer à l'avenir et s'affirmer dans le cadre des réformes futures du système juridictionnel de l'Union européenne : il a représenté un point d'équilibre qui pourrait se déplacer en fonction des choix des Etats membres et des besoins des juridictions de l'Union.

On ne peut manquer enfin de souligner que l'existence du comité 255 pourrait, à certains égards, être une source d'inspiration pour renforcer les garanties qui entourent le processus de nomination des membres d'autres juridictions internationales. L'Union européenne a, dans ce domaine également, une expérience à promouvoir et un message à faire entendre.

Références

- Alonso García R (2010) Lisbon and the Court of Justice of the European Union. Working paper, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Madrid. <http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento23015.pdf>. Consulté le 28 mars 2012
- Boerger-De Smedt A (2008) La Cour de justice dans les négociations du traité de Paris instituant la CECA. *J Eur Integr Hist* 14(2):7–34
- Cohen A (2009) Sous la robe du juge. Le recrutement social de la Cour. In: Mbongo P, Vauchez A (éds) *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruylant, Bruxelles, pp 11–30
- Due O et al (2000) Rapport du groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes. http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/pdf/du_e_fr.pdf. Consulté le 27 mars 2012
- Lord Mance (2011) « The composition of the European Court of Justice », United Kingdom Association for European Law, Oct 2011. http://www.supremecourt.gov.uk/docs/speech_111019.pdf. Consulté le 29 mars 2012
- Mackenzie R, Sands P (2006) Judicial selection for international courts: towards common principles and practices. In: Malleson K, Russel P (éds) *Appointing judges in an age of judicial power. Critical perspectives from around the world*. University of Toronto Press, Toronto, pp 213–240
- Mackenzie R, Malleson K, Martin P, Sands P (2010) *Selecting international judges. Principle, process and politics*. Oxford University Press, Oxford
- Sevón L (2010) The procedure for selection of members of the civil service tribunal: a pioneer experience. http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-10/5anstfp_sevon_en.pdf. Consulté le 29 mars 2012

La Cour de justice et le Parlement européen

Christian Pennera

Résumé Jusqu'au début des années quatre-vingt, le Parlement est resté éloigné du prétoire de Luxembourg, sauf pour certaines affaires de fonctionnaires. Alors qu'il venait d'être élu au suffrage universel direct, la Cour confirma son rôle démocratique et fondamental dans une affaire où il était intervenu à côté d'un particulier parce que le Conseil n'avait pas attendu sa consultation obligatoire pour arrêter un règlement. En 1986, la Cour reconnut que les actes institutionnels propres du Parlement et ceux qui produisaient des effets juridiques vis-à-vis des tiers devaient pouvoir être soumis à son contrôle de légalité, alors même que le traité ne le prévoyait pas formellement. Quelques années plus tard, le Parlement obtint ce qu'il percevait comme la contrepartie de cette évolution jurisprudentielle, à savoir son propre droit à faire contrôler la légalité d'actes méconnaissant ses prérogatives institutionnelles propres. Devenu, tant par cette jurisprudence que par les modifications convenues à Maastricht et à Amsterdam, une institution dotée de la légitimation active et passive, le Parlement soumit à la Cour divers litiges concernant la vraie portée de la consultation parlementaire dans le processus décisionnel ou encore une participation plus approfondie à ce processus sous forme de coopération, voire de codécision, en fonction de la juste base juridique de l'acte en cause. Le traité de Nice érigea le Parlement au rang de requérant privilégié, au même titre que le Conseil et la Commission. Justiciable de la légalité de ses actes propres, le Parlement devint bientôt défendeur, aux côtés du Conseil, des actes pris en codécision dans le cadre de recours directs en annulation ou de celui de procédures préjudicielles. De nombreux recours ont également été intentés

Le Jurisconsulte du Parlement européen, Directeur général du Service juridique. Les présentes opinions n'engagent évidemment que son auteur.

C. Pennera (✉)
Parlement Européen, Luxembourg, Luxembourg
e-mail: Jurisconsultus@europarl.europa.eu

par des tiers, et spécialement des députés, des groupes ou des partis politiques prétendument concernés par des actes du Parlement européen. Ces affaires font l'objet d'une large jurisprudence concentrée pour l'essentiel au niveau du Tribunal. Autorité budgétaire, le Parlement suit attentivement les demandes que lui soumet la Cour. A plusieurs reprises, il a précisé ses conceptions relativement au mandat des juges et à sa durée. Le traité de Lisbonne lui permet désormais de proposer le nom d'un des membres du comité chargé de donner un avis préalable sur les personnalités pressenties pour siéger à la Cour et au tribunal.

1 Introduction

Des quatre institutions que connaît le traité de Rome, l'Assemblée qui décida lors de sa première session plénière, sous la présidence de Robert Schuman, de se dénommer "Parlement européen",¹ titre que ne lui reconnaîtront les Etats membres que vingt-cinq ans plus tard à Maastricht, est celle qui a connu le développement le plus spectaculaire de ses compétences institutionnelles, internes et internationales.

Dans une structure reposant sur l'attribution de compétences souveraines, l'accroissement des pouvoirs du Parlement européen provient, bien sûr, des aménagements apportés successivement au traité de Rome par les traités modificatifs.

Cela dit, s'il est vrai que ce sont les Etats membres qui ont érigé le Parlement européen en colégislateur de l'Union et en composante déterminante de la charpente institutionnelle de cette dernière comme de son action internationale, c'est la Cour qui, par une évolution jurisprudentielle hardie en a fait, en dix ans, une institution adulte, juridiquement responsable en justice de ses actions vis-à-vis des tiers et habilitée à faire sanctionner le non-respect de ses compétences propres.

Par la suite, ces attributs institutionnels furent reconnus par le traité de Maastricht, mais ce n'est qu'avec le traité de Nice que le Parlement européen fut placé sur le même plan que le Conseil et la Commission quant à son aptitude à saisir la Cour, comme juge de la légalité.

De nos jours, le Parlement européen est régulièrement présent comme requérant, défendeur, intervenant ou observant devant le Haut prétoire de Luxembourg.

Sans compter les quelque deux cent soixante affaires dites de fonctionnaires, dévolues historiquement d'abord à la Cour, ensuite au Tribunal de première instance puis désormais au Tribunal de la fonction publique, le Parlement

¹ Telle fut son appellation allemande et néerlandaise dès mars 1958, mais l'uniformisation linguistique incluant les versions française et italienne n'eut lieu qu'en 1962.

européen a été requérant dans une quarantaine d'affaires jugées par la Cour et défendeur devant celle-ci, ou le Tribunal, dans une soixantaine de cas.²

Le Parlement est intervenu une trentaine de fois ; il a déposé des observations, sur autorisation ou de droit, dans un nombre similaire d'affaires préjudicielles et dans une dizaine de procédures pour avis, afférentes à des traités internationaux.

Il n'est pas dans mes intentions de procéder à une revue de la jurisprudence en question, tâche inappropriée ici et que de nombreux doctes commentateurs font et ont fait assurément mieux que moi.

Les aléas de ma carrière de fonctionnaire de l'Union ont fait qu'après avoir rejoint les services de la Cour de Justice début 1977, j'ai été transféré au Parlement européen quelques années plus tard, aux côtés de celui qui était déjà traditionnellement l'agent de cette institution dans les affaires judiciaires et qui allait devenir, fin 1985, le premier Jurisconsulte du Parlement européen, Francesco Pasetti-Bombardella. Depuis, je n'ai plus quitté le Service juridique où j'ai occupé diverses fonctions³ avant d'accéder à mon poste actuel.

J'ai ainsi eu la chance de vivre de l'intérieur, avec des intensités variables selon les fonctions assurées, les relations qui se sont établies depuis le début des années quatre-vingt entre la Cour de justice et son voisin sur le Kirchberg, le Parlement, sous la forme de son Secrétariat général et, plus modestement, de son Service juridique.⁴

C'est donc très subjectivement et sélectivement que je retracerai les relations entre l'institution politique par excellence qu'est le Parlement européen et la Cour de justice, dans leurs soixante ans de coexistence, sous le traité de Paris et les traités de Rome.

Durant les trente premières années d'activité de la Cour de justice,—alors que tous les recueils de jurisprudence de la Cour alignés sur le rayonnage d'une

² Sont exclus de ce calcul, les seize pourvois intentés par le Parlement devant la Cour, relativement à des affaires de fonctionnaires, alors que le Tribunal de première instance en était le juge ordinaire. Sont aussi exclues du calcul les très nombreuses ordonnances de procédure.

Ces données nous ont été aimablement communiquées par les collègues du Service Minidoc de la Direction générale de la Bibliothèque, Recherche et Documentation de la Cour que je remercie ici vivement, tout comme son Directeur général, Rüdiger Stotz.

³ D'abord sous l'autorité de Jorge Campinos, décédé accidentellement, puis, pendant une bonne douzaine d'années, sous celle de Gregorio Garzón Clariana.

⁴ Si le Service juridique du Parlement européen est resté à Luxembourg, installé à quelques centaines de mètres des bâtiments de la Cour, il le doit, non seulement à une décision prise en marge du traité dit de fusion de 1965 puis au protocole (n°6) sur la fixation des sièges des institutions, mais bien plutôt à l'accord signé, au milieu des années quatre-vingt-dix, entre le Premier Ministre luxembourgeois M. Juncker et les Présidents du Parlement européen, M. Hänsch, puis Mme Fontaine.

Cet arrangement dispose que la moitié des "conseillers juridiques", y compris le Directeur général, doivent rester installés à Luxembourg. L'autre moitié a rejoint Bruxelles, au fil du temps, pour prêter assistance juridique aux organes politiques et parlementaires qui s'y réunissent et ces collègues repassent par la "maison-mère" pour des réunions administratives ou au hasard des audiences publiques des affaires pour lesquelles ils sont nommés agents devant les juridictions de l'Union.

bibliothèque n'atteignent pas trois mètres linéaires - le Parlement fut, pour ainsi dire, absent du prétoire.⁵

Puis, dans la décennie qui suivit, sous les coups de butoir des Etats membres, du Conseil et de particuliers, la Cour, par un esprit de créativité jurisprudentielle unique dans les annales des institutions, décida de contrôler la légalité des actes du Parlement, avant de finir par lui reconnaître la capacité pour agir en annulation (Partie n°2).

Une fois la légitimation active accordée au Parlement, ce dernier en usa sans retenue et chercha à s'affirmer en exerçant toutes les voies d'action qui lui étaient reconnues, évolution qui culmina avec l'acquisition, à Nice, du statut de requérant privilégié, au même titre que le Conseil et la Commission (Partie n°3).

La légitimation passive du Parlement, mise à jour par la Cour, puis inscrite dans les traités à Maastricht, conduisit le Parlement à devoir se justifier de la légalité des décisions prises dans l'exercice de ses compétences institutionnelles propres, de celles d'actes adoptés conjointement avec le Conseil et enfin de celles d'actes affectant les droits de particuliers, notamment ses propres membres (Partie n°4).

2 La saga de la légitimation active et passive du Parlement européen

2.1 La constatation d'un droit d'intervention du Parlement

Par une étrange co, l'apparition du Parlement européen devant le juge communautaire co avec son élection au suffrage universel direct.

C'est en effet le 11 mai 1979, dernier jour de la séance plénière qui se tenait dans l'hémicycle du bâtiment Schuman à Luxembourg, que le Parlement composé pour quelques semaines encore de "délégués" désignés par les neuf parlements nationaux, décida de renvoyer à plus tard l'examen d'une proposition de règlement sur l'isoglucose, dont il était saisi depuis deux mois.

Deux sociétés, dont les quotas maximum de production d'isoglucose étaient expressément mentionnés dans le règlement adopté en juin 1979 par le Conseil, en demandèrent l'annulation invoquant notamment l'absence d'avis du Parlement, pourtant mentionné dans les visas de l'acte litigieux.

⁵ Tout au plus s'exprima-t-il sobrement, à la demande de la Cour, dans le cadre d'une affaire préjudicielle, où il s'agissait de préciser la notion de "durée des sessions de l'Assemblée" (arrêt du 12 mai 1964, Wagner/Fohrmann et Krier, 101/63, Rec. p. 387). Comme employeur, l'Assemblée fut, par contre, la première institution à se voir attrait devant la Cour, sur une base compromissaire, il est vrai, selon une disposition qui est une copie conforme de l'actuel article 271 TFUE, en l'absence d'un statut des fonctionnaires (arrêt du 19 juillet 1955, Kergall/Assemblée commune, 1/55, Rec. p. 15).

L'aubaine était trop bonne pour le Parlement européen : la nouvelle commission juridique élabore un long rapport et l'assemblée plénière décida que l'institution interviendrait.⁶

Dans son arrêt du 29 octobre 1980, la Cour reconnut au Parlement le droit d'intervenir, ce que le Conseil contestait bien qu'il résultât des termes mêmes de ce qui constitue aujourd'hui l'article 40, § 1, du Statut de la Cour.

En relisant cet arrêt, à une époque donc où les arguments en fait et en droit étaient reproduits dans les recueils de la Cour dans les moindres détails, chacun pourra apprécier si, oui ou non, le comportement du Parlement sortant avait été désinvolte, ou pas, à l'égard du Conseil. Toujours est-il que, sur conclusions conformes de l'avocat général, la Cour estima que le Conseil avait méconnu les formes substantielles de l'acte attaqué⁷ pour ne pas avoir demandé un examen en urgence du texte ou encore la convocation d'une session extraordinaire.

Une bonne dizaine d'années plus tard, une fois qu'elle aura érigé le Parlement en demandeur et en requérant ordinaires, la Cour confirmera ces critères, mais fera preuve de moins de magnanimité et le débouterà sur la base de l'argument sévère de la violation de la coopération loyale.⁸

Et pourtant les circonstances des deux affaires étaient-elles tellement éloignées ? Là aussi, à la lecture des conclusions contraires de l'avocat général, chacun se fera son opinion.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Isoglucose* est un grand arrêt en ce qu'il définit la consultation parlementaire comme le moyen de participer effectivement au processus législatif de la Communauté. "*Elément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité, [elle] est le reflet d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative.*"

Voilà une belle phrase qui reviendra dans une petite dizaine d'arrêts postérieurs, confirmant ainsi que le Parlement européen est bien, aux yeux de la Cour, une composante décisive de la démocratie qui caractérise l'Union. Comment d'ailleurs aurait-elle pu en douter alors que, quelques mois avant cet arrêt, "*les peuples des Etats réunis dans la Communauté*", selon la formule en vigueur jusqu'au traité de Lisbonne (art. 14, par. 2, TUE), venaient d'élire pour la première fois leurs représentants au suffrage universel direct.

⁶ Il est rare, de nos jours, que ce soit la plénière qui décide d'aller en justice. Généralement, informée par le Service juridique d'une situation susceptible de conduire à un recours ou à une intervention, la commission des Affaires juridiques adresse une recommandation d'agir au Président, lequel charge alors le Jurisconsulte de nommer les agents, choisis parmi les membres du Service juridique (voir les actuels articles 20, § 4 et 128 du Règlement du Parlement européen).

⁷ Arrêt du 29 octobre 1980, *Roquettes Frères/Conseil et Maizena/Conseil*, 138/79 et 139/79, Rec. p. 3333.

⁸ Arrêt du 30 mars 1995, *Parlement/Conseil*, C-65/93, Rec. p. I-643.

2.2 La mise à jour de la légitimation passive du Parlement

Le premier pas franchi, se posait inévitablement la question de savoir si le Parlement allait rester un nain judiciaire.

Il n'est désormais un secret pour personne qu'au sein du Parlement européen de l'époque, les opinions divergeaient entre ceux qui pensaient que l'institution devait devenir un acteur ordinaire devant la justice communautaire, en attaque et en défense, et ceux qui estimaient que les représentants des peuples des Etats membres n'avaient pas à se justifier de leur action devant des juges. Pour faire simple, s'affrontaient, chacune pour des raisons nationales et historiques compréhensibles, la tendance allemande qui prenait modèle sur le *Bundesverfassungsgericht* et la thèse française du pouvoir quasiment illimité d'une Chambre démocratiquement élue.

Les tensions n'allaient pas tarder à se manifester lors du premier recours intenté par le Grand-Duché en vue d'annuler la décision du Parlement européen de ne plus se réunir qu'à Strasbourg. La Cour s'épargna de trancher sur la recevabilité et s'en remit à l'article 38 CECA qui prévoyait expressément un contrôle de légalité des actes de l'Assemblée, à la requête d'un Etat membre.⁹

Il faut croire qu'autrefois les chances, pour le Parlement, de se retrouver devant la Cour dépendaient des élections, puisque ce fut la deuxième manifestation du suffrage universel direct au sein de la Communauté qui généra un arrêt fameux.

Un parti écologiste français, Les Verts, se plaignait d'être mal servi par la répartition des crédits destinés à financer la campagne pour les élections européennes de 1984.

C'est donc à un particulier que le Parlement avait affaire et rien dans le traité de Rome ne prévoyait une telle possibilité de recours. Les obstacles opposés au requérant étaient de taille : le Parlement devait-il répondre de ses actes devant le juge ? A supposer que ce fut le cas, Les Verts étaient-ils directement et individuellement concernés ?¹⁰

⁹ Arrêt du 10 février 1983, Grand-Duché/Parlement, 230/81, Rec. p. 255. La Cour déclara que le Parlement n'avait pas excédé son autonomie fonctionnelle pour débouter le requérant, ce qui ne fut plus le cas dans l'affaire suivante, arrêt du 10 avril 1984, mêmes parties, Rec. p. 1945.

¹⁰ Je passe sur une autre difficulté, celle de savoir si le requérant, "Les Verts - Parti écologiste", association qui entre-temps s'était dissoute, s'était bien reconstituée en une nouvelle association "Les Verts - Confédération écologiste" à qui elle avait transmis, affirmait-elle, son droit d'agir. En d'autres termes, le requérant existait-il au cours de l'instance, selon son droit national ? On sait comment la Cour a tranché, traitant de "dilatoire" l'argumentation du Parlement suspectant l'absence de capacité personnelle à agir du requérant. Pour ma part, m'étant rendu personnellement à la Préfecture de police de Paris quelques jours avant l'audience pour en consulter attentivement le registre des associations, je reste convaincu que les documents déterminants, permettant la transmission d'instance entre le Parti écologiste et la Confédération écologiste, n'existaient pas selon le droit français, puisqu'il n'y avait aucune trace, dans tout le dossier faisant foi, d'un papier évoquant une telle circonstance. Mais, reconnaître cela, aurait vu une aussi belle affaire échapper au prétoire. Et, en définitive, avouons que l'arrêt rendu mérite bien un peu de volontarisme...

Le Parlement ne souleva pas néanmoins d'exception d'irrecevabilité, ce que la Cour décida d'évoquer d'office, trouvant ainsi l'occasion d'écrire une page historique du droit institutionnel communautaire.

La Communauté économique européenne est, dit-elle, une communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité.... Le système du traité est d'ouvrir un recours direct contre toutes dispositions prises par les institutions et visant à produire un effet juridique... Les actes que le Parlement européen adopte dans la sphère du traité CEE pourraient, sans que la possibilité soit ouverte de les déférer au contrôle de la Cour, empiéter sur les compétences des Etats membres ou des autres institutions ou outrepasser les limites qui sont tracées aux compétences de leur auteur. Il convient dès lors de considérer que le recours en annulation peut être dirigé contre les actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers.¹¹

Le lecteur pourrait s'étonner de ce que la Cour ait cru utile d'évoquer l'argument du respect des compétences attribuées aux institutions pour trancher la question de savoir si un particulier doit être protégé des actes d'une institution.

C'est qu'en réalité, alors que l'arrêt était en préparation, le Conseil - et cinq Etats membres - avaient demandé l'annulation de la décision du Président du Parlement européen constatant l'arrêt du budget général pour 1986. La Cour fit ainsi d'une pierre deux coups et reproduisit, dans son arrêt de juillet 1986,¹² les formules innovantes qu'elle avait énoncées dans son arrêt d'avril 1986.

En trois mois donc, le Parlement était passé du statut d'entité qui n'avait pas à se justifier devant la Cour, à celui d'un organe soumis au contrôle de légalité tant dans l'exercice de ses fonctions institutionnelles propres que dans celui d'auteur d'actes destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis de tiers.

Grâce à ces arrêts, le Parlement entraînait dans "la cour des Grands"...

En vérité, pour reprendre la formule allemande, si le Parlement avait bien acquis sa légitimation passive, la Cour n'avait soufflé mot de sa légitimation active. Et pourtant, le Parlement n'avait spontanément accepté, dans l'affaire Les Verts, de voir ses actes contrôlés par le juge communautaire, que pour autant que cette interprétation extensive imposait, à ses yeux, qu'en contrepartie il pût attaquer les actes du Conseil et de la Commission.¹³

¹¹ Arrêt du 23 avril 1986, Les Verts/Parlement, 294/83, Rec. p. 1339.

¹² Arrêt du 3 juillet 1986, Conseil/Parlement, 34/86, Rec. p. 2155.

¹³ Cette déception dans l'affaire Les Verts fut compensée par la satisfaction de voir le rôle institutionnel du Parlement et de son Président largement conforté dans l'arrêt sur le budget pour 1986. En effet, dit la Cour, "en constatant formellement que la procédure budgétaire est achevée, le Président confère force obligatoire au budget aussi bien vis-à-vis des institutions que des Etats membres... il intervient par un acte juridique propre, de caractère objectif." Cette thèse, reproduite plusieurs fois par la Cour dans une jurisprudence constante, est à l'heure où ces lignes s'écrivent contestée par le Conseil sur la base d'une interprétation du nouvel article 314 TFUE.

2.3 *La difficile reconnaissance de la légitimation active du Parlement*

On ne s'étonnera pas que le Parlement n'ait pas renoncé à voir reconnaître sa capacité pour agir contre le Conseil et la Commission.

Il est vrai que, dès l'origine, le Parlement disposait, outre le droit d'intervention, du droit de déposer un recours en carence, conformément à l'article 175 CEE. Il en fit d'ailleurs rapidement usage pour faire constater la carence du Conseil en matière de transports internationaux,¹⁴ mais ce qu'il lui manquait, en réalité, c'était de faire contrôler la légalité des actes du Conseil.

L'occasion se présenta rapidement, lorsque le Conseil décida d'appliquer une modification du traité consécutive à l'entrée en vigueur de l'Acte unique, laquelle aménageait les pouvoirs d'exécution conférés par le Conseil à la Commission. Le Parlement argua, entre autres, d'une atteinte à ses prérogatives de contrôle politique sur la Commission et d'une modification substantielle de la proposition initiale nécessitant, à ses yeux, une reconsultation pour demander l'annulation d'une décision de juillet 1987, traitant de ce qu'il est convenu d'appeler la comitologie.

La procédure s'arrêta au stade de la recevabilité. L'avocat général défendit avec conviction le rejet de l'exception. Rien n'y fit. Le 27 septembre 1988, deux ans et demi après avoir trouvé dans le traité, son esprit et sa structure, les arguments nécessaires à dégager une légitimation passive du Parlement, la Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête parlementaire. Le Parlement, dit-elle, ne participait au processus législatif qu'à titre consultatif ; ses pouvoirs avaient certes été accrus par l'Acte unique grâce à une petite dose de coopération, voire même par "*un pouvoir de codécision en matière d'adhésion et d'accords d'association*", mais tout cela ne changeait rien à ce que "*l'état actuel des textes applicables ne permet pas à la Cour de reconnaître au Parlement européen qualité pour agir en annulation*".¹⁵

En effet, poursuivit la Cour, si le Parlement ne pouvait pas faire reconnaître lui-même la méconnaissance de ses prérogatives propres par le Conseil, il pouvait toujours s'en remettre à la Commission qui se chargerait, à sa guise, de "*veiller au respect de telles prérogatives et d'introduire à cet effet les recours en annulation qui se révéleraient nécessaires*" ou attendre que la question soit soumise à la Cour par le biais d'une procédure préjudicielle !

C'est dans un état proche du KO technique que les agents du Parlement s'en allèrent rendre compte à la commission des Affaires juridiques du résultat de l'aventure. Mais quelques parlementaires ne cédèrent pas. Tirant argument que le Parlement était requérant dans une autre affaire contre le Conseil, ils insistèrent pour ne pas se résigner à l'échec.

¹⁴ Arrêt du 22 mai 1985, Parlement/Conseil, 13/83, Rec. p. 1513; et aussi, arrêt du 12 juillet 1988, Parlement/Conseil, 377/87, Rec. p. 4017.

¹⁵ Arrêt du 27 septembre 1988, Parlement/Conseil, 302/87, Rec. p. 5615.

Le hasard avait, en effet, bien fait les choses. Alors que l'affaire Comitologie était pendante, le Parlement avait déposé un autre recours en annulation contre un règlement du Conseil relatif aux conséquences, sur le bétail, de l'accident de Tchernobyl. Ce règlement avait pour base un article du traité Euratom, alors que le Parlement estimait que l'acte attaqué relevait du traité CEE, en l'occurrence d'une disposition qui lui assurait un pouvoir en coopération.

Au cours de la procédure, on avait à peine remarqué que la Commission, fidèle à sa proposition initiale, était intervenue aux côtés du Conseil, ce qui, somme toute, était logique et cohérent. C'est quand l'arrêt dans l'affaire Comitologie tomba, lequel avait précisé qu'il revenait à la Commission de veiller au respect des prérogatives du Parlement en introduisant, si besoin, un recours en annulation que le "détail" de l'intervention de la Commission aux côtés du défendeur dans l'affaire Tchernobyl sauta aux yeux.

On relira avec intérêt, parfois le sourire aux lèvres, les arguments des uns et des autres dans cette affaire. La Cour, qui avait évoqué sobrement l'argument de l'équilibre institutionnel dans son arrêt Comitologie, le mit au centre de son raisonnement dans l'arrêt Tchernobyl du 22 mai 1990.¹⁶

L'absence, dans les traités, d'une disposition prévoyant le droit de recours en annulation en faveur du Parlement peut constituer une lacune procédurale, mais elle ne saurait prévaloir à l'encontre de l'intérêt fondamental qui s'attache au maintien et au respect de l'équilibre institutionnel défini par les traités... Il est recevable à saisir la Cour d'un recours en annulation dirigé contre un acte du Conseil ou de la Commission, à la condition que ce recours ne tende qu'à la sauvegarde de ses prérogatives et qu'il ne se fonde que sur des moyens tirés de la violation de celles-ci.

Et l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Conseil fut rejetée.¹⁷

On a rarement vu, en un aussi court laps de temps, une évolution pour ne pas dire, *horresco referens*, un revirement jurisprudentiel aussi net sur un sujet institutionnel d'une telle portée.

Combien de temps le Parlement aurait-il attendu pour voir reconnaître sa légitimation active s'il n'y avait pas eu le petit grain de sable que constituait l'intervention de la Commission aux côtés du Conseil dans l'affaire Tchernobyl, circonstance réduisant à néant l'argument de l'arrêt Comitologie sur l'aptitude générale de la Commission à défendre les prérogatives institutionnelles du Parlement ? Nul ne le sait.

Quoi qu'il en soit, alors que la Conférence intergouvernementale conduisant à l'adoption de l'Acte Unique européen avait écarté la proposition de la Commission de placer à égalité le Parlement européen, le Conseil et la Commission en matière de légitimation active et passive,¹⁸ le traité de Maastricht, signé en février 1992,

¹⁶ Arrêt du 22 mai 1990, Parlement/Conseil, C-70/88, Rec. p. I-2041.

¹⁷ Par contre, le 4 octobre 1991, la Cour rejeta le recours au fond, confirmant que la bonne base juridique du règlement litigieux était bien le traité Euratom (Rec. p. I-4529).

¹⁸ Ce qui ne rend que plus digne de respect la décision courageuse de la Cour dans l'arrêt Les Verts, postérieure de quelques mois à la signature de l'Acte Unique européen.

reprit, mot pour mot, dans ce qui était alors l'article 173 CE, la formule de la Cour dans l'arrêt *Les Verts* d'avril 1986 et dans l'arrêt *Tchernobyl* de mai 1990.¹⁹

En moins de cinq ans donc, le Parlement européen, dont le droit d'intervention aux procès en annulation était de toute façon reconnu par les textes, accédait, par la seule œuvre de la Cour de justice, au statut de requérant et de défendeur dans des litiges en annulation.

On comprendra aisément que, pour ceux qui ont vécu cette période juridiquement captivante, les années qui suivirent rappellent un long fleuve tranquille, parsemé ça et là, de petites cataractes...

3 De la sauvegarde des prérogatives du Parlement à sa condition de requérant privilégié

Une fois réglée, grâce à la Cour, la question de l'accès du Parlement au juge communautaire, voyons à présent l'usage que ce dernier fit de ce droit en considérant d'abord les cas dans lesquels le Parlement s'est présenté à la Cour en qualité de requérant, d'intervenant ou de demandeur d'avis.

3.1 La correcte consultation et la reconsultation du Parlement européen

Le Parlement n'attendit pas l'arrêt *Tchernobyl* pour déposer un recours en annulation contre un acte du Conseil. Deux mois avant cette date, il introduisit un recours pour violation de son droit à être correctement consulté et reconsulté, si besoin.

La Cour constata qu'une reconsultation s'imposait chaque fois que "*le cœur même du dispositif*", sur lequel le Parlement s'était exprimé, était modifié par le Conseil, c'est-à-dire "*chaque fois que le texte finalement adopté, considéré dans son ensemble, s'écarte dans sa substance même de celui sur lequel le Parlement a déjà été consulté, à l'exception des cas où les amendements correspondent, pour l'essentiel, au souhait*" de ce dernier.²⁰

¹⁹ Le traité de Nice fit disparaître la limitation tendant, pour le Parlement, à n'agir en annulation que pour la sauvegarde de ses prérogatives. Le caractère attaquant de tels actes du Parlement destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers, formule reprise de l'arrêt *Les Verts*, s'est, par contre, maintenue jusqu'à nos jours, le traité de Lisbonne ayant toutefois effectué une modification linguistique d'origine indéterminée dans la version française.

²⁰ Arrêt du 16 juillet 1992, Parlement/Conseil, C-65/90, Rec. p. I-4593. Dans cette affaire, le Conseil chercha encore à réduire la portée de l'arrêt *Tchernobyl* en persistant à plaider que la capacité pour agir du Parlement ne pouvait s'exercer que de manière exceptionnelle, et certainement pas lorsque la prérogative parlementaire prétendument lésée n'était qu'une "simple consultation"...

Ces actions, en vue de s'assurer une consultation effective, se poursuivirent indépendamment de l'introduction de la procédure de codécision par le traité de Maastricht.²¹

Tant qu'il ne disposait que de la consultation comme mode de participation au processus décisionnel, le Parlement était convaincu que le Conseil ne tenait l'avis parlementaire que pour une simple formalité. Cela généra non seulement les affaires en reconsultation, évoquées à l'instant, mais aussi un autre litige, lorsque le Conseil adopta un acte quelques jours après que le Parlement eut "rejeté" une proposition de la Commission. La Cour débouta le Parlement en précisant que la saisine du Parlement pour consultation n'empêchait pas le Conseil d'effectuer ses travaux "pour autant qu'il n'arrête pas sa position définitive avant d'avoir pris connaissance" de l'avis parlementaire.²²

3.2 Le Parlement, requérant dans les querelles de base juridique

Les querelles de base juridique apparurent en jurisprudence avant même que, par l'Acte Unique européen, des procédures décisionnelles génèrent une participation diversifiée du Parlement ou du Conseil dans la prise de position finale.²³

La problématique est suffisamment connue pour ne pas appeler d'autres explications.

Le Parlement s'y engagea d'abord, avec des succès relatifs, pour revendiquer un droit de consultation, alors que l'acte final le privait de toute participation.

Le vrai terrain d'affrontement pour le Parlement consista, bien sûr, à confirmer par la voie juridictionnelle les avancées qu'il avait obtenues, grâce aux traités modificatifs, sur le plan de son implication dans la prise de décisions.²⁴

²¹ Par exemple, arrêt du 10 juin 1997, Parlement/Conseil, C-392/95, Rec. p. I-3213. Ce moyen fut régulièrement accueilli par la Cour dans les différents recours de ce genre. Elle le fut moins lorsque ce fut un autre plaideur qui l'invoqua : par exemple, arrêt du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, Rec. p. I-4973.

²² Arrêt du 10 mai 1995, Parlement/Conseil, C-417/93, Rec. p. I-1185. Maintenant qu'il est, pour l'essentiel, colégislateur avec le Conseil, le Parlement voit avec un peu plus de tolérance l'observation scrupuleuse du devoir d'attendre l'avis de l'organisme ou de l'instance consultés, avant d'arrêter, *de facto*, son point de vue...

²³ Arrêt du 26 mars 1987, Commission/Conseil, 45/86, Rec. p. 1493.

²⁴ Parmi les affaires gagnées, on citera l'arrêt du 18 juin 1996, Parlement/Conseil, C-303/94, Rec. p. I-2943, et, parmi les affaires perdues, l'arrêt du 2 mars 1994, Parlement/Conseil, C-316/91 Rec. p. I-625 ou l'arrêt du 13 juillet 1995, Parlement/Commission, C-156/93, Rec. p. I-2019.

Ainsi, fort de la jurisprudence Tchernobyl, le Parlement attaqua une première fois, avec succès, pour voir confirmer son droit à participer au processus législatif dans le cadre de la coopération.²⁵

L'introduction de la procédure de codécision, avec l'habitude du Conseil d'opter pour une base juridique qui en excluait le Parlement, exacerba les tensions et les recours se multiplièrent jusqu'à aujourd'hui.²⁶

3.3 *Les interventions du Parlement*

Dès le traité de Paris, le Parlement disposait du droit d'intervention et, même si le Conseil en avait remis en cause le principe dans l'affaire Isoglucose, ainsi que nous l'avons vu, il utilisa cette voie de droit une trentaine de fois.

À la différence des recours directs, le Parlement n'eut jamais, ici, à se limiter aux seuls cas où ses prérogatives propres étaient mises en cause.

Ainsi vit-on le Parlement intervenir aux côtés de la Commission, quand la capacité pour agir en annulation ne lui était encore reconnue ni par la Cour, ni par le traité.²⁷

Rapidement, les interventions du Parlement visèrent des affaires de base juridique, alors que souvent il aurait pu invoquer, lui-même, l'annulation pour méconnaissance de ses prérogatives institutionnelles propres.²⁸

Le comportement du Parlement en la matière consista, pour l'essentiel, à s'en remettre au recours principal de la Commission quand son opinion concordait avec celle de cette dernière. Ce n'est que lorsque ces deux institutions ne partageaient pas les mêmes lignes de pensée que le Parlement requit directement, à titre personnel.²⁹

²⁵ Arrêt du 7 juillet 1992, Parlement/Conseil, C-295/90, Rec. p. I-4193. Il y eut ensuite d'autres arrêts, par exemple, arrêt du 7 mars 1996, C-360/93, Rec. p. I-1195; arrêt du 23 février 1999, Parlement/Conseil, C-42/97, Rec. p. I-869.

²⁶ Par exemple, arrêt du 6 novembre 2008, Parlement/Conseil, C-155/07, Rec. p. I-8103; arrêt du 3 septembre 2009, mêmes parties, C-166/07, Rec. p. I-7135. La Cour est saisie actuellement par le Parlement de plusieurs litiges de ce type. On notera encore que le conflit se noua, parfois, quant à la procédure visée par le traité et celle, dérogatoire, issue de traités d'adhésion (arrêts du 2 octobre 1997, Parlement/Conseil, C-259/95, Rec. p. I-5303 et du 28 novembre 2006, mêmes parties, C-413/04, Rec. p. I-11221). Enfin, un arrêt du 8 juillet 1999, Parlement/Conseil, C-189/97, Rec. p. I-4741 concerne le choix entre la consultation et l'avis conforme dans le cadre d'un accord international.

²⁷ Arrêt du 9 juillet 1987, RFA et autres/Commission, 281, 283, 284, 285 et 287/85, Rec. p. 3203; arrêt du 24 octobre 1989, Commission/Conseil, 16/88, Rec. p. 3457.

²⁸ Par exemple, arrêt du 17 mars 1993, Commission/Conseil C-155/91, Rec. p. I-939; arrêt du 12 mai 1998, Commission/Conseil, C-170/96, Rec. p. I-2763; arrêt du 29 avril 2004, mêmes parties, C-338/01, Rec. p. I-4829.

²⁹ Et on vit alors la Commission intervenir aux côtés du défendeur, le Conseil, comme dans l'affaire C-166/07, citée ci-dessus, note 26.

Cela dit, il arrive aussi que le Parlement se retrouve aux côtés du Conseil contre la Commission.³⁰ Même maintenant qu'il est un requérant privilégié "ordinaire", le Parlement continue à intervenir régulièrement.³¹

3.4 Le Parlement, requérant privilégié

Jusqu'à la modification introduite par le traité de Nice à l'alinéa 2 de l'actuel article 263 TFUE, le Parlement ne pouvait requérir en annulation que pour défendre ses propres prérogatives et l'arrêt Tchernobyl avait insisté sur le fait qu'il ne pouvait invoquer que ce moyen.

Les hostilités commencèrent dès décembre 2003, la légalité de certains articles d'une directive sur le regroupement familial étant attaquée à la lumière de dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais le Parlement succomba.³²

Il obtint par contre gain de cause dans une affaire concernant la décision du Conseil de conclure le premier accord avec les USA, relatif à la protection des données personnelles du voyageur aérien.³³

Les actions de ce genre se sont reproduites et rien ne permet de penser qu'elles doivent se réduire dans l'avenir.³⁴

3.5 Le Parlement demandeur d'un avis

Le Parlement demanda très tôt à pouvoir présenter ses observations dans le cadre de demandes d'avis concernant la compatibilité d'un accord international.³⁵

Il sollicita cette autorisation auprès de la Cour à plusieurs reprises jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Nice qui le plaça sur le même plan que les autres ayants droit, le Conseil, la Commission et les Etats membres.

Ainsi, en avril 2004, il fit un usage autonome de ce droit relativement à l'accord entre la Communauté et les USA sur la protection des données personnelles. Le Conseil n'attendit pas l'avis et décida de conclure l'accord. Le Parlement retira alors sa demande, mais attaqua en annulation, avec succès, la décision en question.³⁶

³⁰ Arrêt du 10 janvier 2006, Commission/Conseil, C-94/03, Rec. p. I-1.

³¹ Par exemple, arrêt du 20 mai 2010, RFA/Commission, T-258/06, Rec. p. II-2027.

³² Arrêt du 27 juin 2006, Parlement/Conseil, C-540/03, Rec. p. I-5769.

³³ Arrêt du 30 mai 2006, Parlement/Conseil, C-317 et 318/04, Rec. p. I-4721.

³⁴ Par exemple, arrêt du 6 mai 2008, Parlement/Conseil, C-133/06, Rec. p. I-3189.

³⁵ Avis 1/92 du 10 avril 1992, Espace économique européen, Rec. p. I-2821.

³⁶ Voir ci-dessus, note 33.

La modification des pouvoirs du Parlement due au traité de Lisbonne et qui étend largement le pouvoir d'approbation du Parlement pourrait changer la donne et inciter ce dernier à préférer une action politique, le rejet, à une démarche devant la Cour.

4 Les actes propres, les actes législatifs et les actes produisant des effets juridiques vis-à-vis des tiers

Le Parlement n'est pas seulement requérant, mais il est aussi devenu défendeur habituel devant la Cour ou observant.

4.1 Les actes propres

Comme cela a déjà été dit plus haut, le premier contrôle de la légalité d'un acte du Parlement remonte à la première affaire dite du siège, plus précisément la contestation, par le Grand-Duché, de la décision du Parlement de ne plus se réunir à Luxembourg. Là, la Cour éluda la question de la recevabilité en se référant à l'article 38 CECA.

Lorsqu'en 1988, la Cour eut à connaître d'un recours de la France qui supputait une dérive de la tenue des activités parlementaires vers Bruxelles, la question de la recevabilité fut réglée par le constat que la décision litigieuse n'empiétait pas sur les compétences des Etats membres. Et on en est resté à cela depuis.³⁷

Dans le domaine budgétaire où, depuis les traités de Bruxelles, le Parlement a acquis un rôle particulier, notamment celui de voir son Président constater l'arrêt définitif de la procédure budgétaire, le Parlement s'est rapidement trouvé devant la Cour avec, il faut bien le reconnaître, un certain succès pour le ou les requérants.³⁸

4.2 Les actes en codécision

L'entrée en vigueur des traités de Maastricht, puis d'Amsterdam, érigea le Parlement en colégislateur, avec le Conseil, d'une partie non négligeable des actes en codécision, aujourd'hui les actes en procédure législative ordinaire.

³⁷ Arrêt du 22 septembre 1988, France/Parlement, 358/85 et 51/86, Rec. p. 4821. Le dernier arrêt en date remonte au 1er octobre 1997, mêmes parties, C-345/95, Rec. p. I-5215, mais un nouveau litige est actuellement soumis à la Cour dans ce contexte.

³⁸ Outre l'arrêt du 1986 dont il a été question plus haut en note 12, on citera encore l'arrêt du 31 mars 1992, Conseil/Parlement, C-284/90, Rec. p. I-2277 et celui du 7 décembre 1995, mêmes parties, C-41/95, Rec. p. I-4411.

Cette situation nouvelle mit précipitamment “les frères ennemis” traditionnels du même côté de la barre, face à des recours directs en annulation.³⁹

L’Allemagne ouvrit le bal très rapidement, sur une question de garantie bancaire,⁴⁰ mais dut procéder à une seconde tentative pour emporter le match dans la fameuse première affaire de la publicité des produits du tabac.⁴¹

Plusieurs autres Etats membres se sont depuis livrés à l’exercice,⁴² difficile semble-t-il, puisqu’outre l’Allemagne, seule la Commission a abouti à ses fins.⁴³

Quelques particuliers se sont courageusement lancés dans l’exercice, mais n’ont pas pu démontrer qu’ils étaient directement ou individuellement concernés.⁴⁴

4.3 Les observations dans les affaires préjudicielles

Le terrain d’action glisse désormais vers les procédures préjudicielles, générées notamment par des juridictions anglaises, pour lesquelles le droit n’exige pas que le juge soit confronté, s’agissant de directives à transposer, à un litige né et actuel.⁴⁵ Le Parlement reprit rapidement à son compte la position de sa commission des Affaires juridiques tendant à déposer des observations lorsque le litige portait sur la validité de l’acte pris conjointement avec le Conseil et non pas lorsqu’il n’y va que de l’interprétation d’une disposition dudit acte. Il est - ou a été - impliqué dans une bonne trentaine d’affaires de ce type.

Même si, parfois, des considérations d’opportunité ont failli conduire à une solution différente, l’idée sous-jacente à ce comportement est que le législateur se doit de soutenir devant le juge son propre texte, qu’il revêt de la présomption de légalité en l’adoptant.⁴⁶

Avant même d’être colégislateur, le Parlement sollicitait fréquemment l’autorisation de déposer des observations, notamment dans des préjudicielles concernant les députés et ces requêtes furent généralement accueillies.⁴⁷

³⁹ Pour les spécificités de cette collaboration, on lira ma contribution : Pennera 2012, p. 441.

⁴⁰ Arrêt du 13 mai 1997, RFA/Parlement et Conseil, C-233/94, Rec. p. I-2405.

⁴¹ Arrêt du 5 octobre 2000, RFA/Parlement et Conseil, C-376/98, Rec. p. I-8419.

⁴² Par exemple, arrêt du 7 novembre 2000, Grand-Duché/Parlement et Conseil, C-168/98, Rec. p. I-9131; arrêt du 10 février 2009, Irlande/Parlement et Conseil, C-301/06, Rec. p. I-593.

⁴³ Par exemple, arrêt du 10 janvier 2006, Commission/Parlement et Conseil, C-178/03, Rec. p. I-107.

⁴⁴ Par exemple, ordonnance du 14 janvier 2002, Association contre l’heure d’été/Parlement et Conseil, T-84/01, Rec. p. II-99; arrêt du 2 mars 2010, Arcelor/Parlement et Conseil, T-16/04, Rec. p. II-211.

⁴⁵ Par exemple, arrêt du 10 décembre 2002, British American Tobacco Ltd, C-491/01, Rec. p. I-11453.

⁴⁶ Arrêt du 26 juin 2007, Ordre des barreaux de Belgique, C-305/05, Rec. p. I-5305.

⁴⁷ Par exemple, l’arrêt du 15 septembre 1981, Lord Bruce of Donington, 208/80, Rec. p. 2205; arrêt du 10 juillet 1986, Wybot, 149/85, Rec. p. 2391.

La nouvelle version de l'article 23, al. 2 du Statut de la Cour rend désormais cette démarche superflue.⁴⁸

4.4 Les actes juridiques affectant des particuliers

La spécificité de ce genre de litiges réside dans le fait que ce sont généralement des membres de l'institution - hormis, bien sûr, les fonctionnaires agissant sur la base de l'article 270 TFUE - ou des entités apparentées, des groupes ou des partis politiques qui attaquent le Parlement en annulation devant le Tribunal.⁴⁹ Ce mouvement se manifesta très tôt mais, dans l'ensemble, les requérants n'ont pas toujours connu le succès escompté.

Alors que l'affaire Les Verts était sous examen, un groupe politique au sein du Parlement européen avait saisi la Cour pour contester la décision du Bureau de constituer une commission d'enquête, ceci en prétendue violation du règlement interne de l'institution.

Cette affaire permit à la Cour de développer sa jurisprudence sur l'acte d'organisation interne, insusceptible de produire des effets juridiques vis-à-vis de tiers et conduisant ainsi à l'irrecevabilité du recours.⁵⁰

La Cour fut bientôt confrontée à la contestation d'actes qui excédaient la sphère de l'organisation interne, mais qui affectaient - ou n'affectaient pas - directement ou individuellement le requérant.

Tel fut le cas, par exemple, d'un acte empêchant des députés de s'organiser en groupe politique lequel, parce qu'il concernait les conditions d'exercice des fonctions parlementaires des députés requérants, produisait des effets juridiques à leur égard. Bien que cet acte affectât individuellement les députés, ils furent déboutés au fond.⁵¹

⁴⁸ Déjà avant cette modification due au traité de Lisbonne, le Parlement était spontanément intervenu dans un litige préjudiciel concernant l'interprétation de son propre règlement intérieur et la Cour accepta cette démarche : arrêt du 21 octobre 2008, Marra, C-200 et 201/07, Rec. p. I-7929.

⁴⁹ Comme les autres institutions, le Parlement a, bien sûr, été aussi attiré, notamment devant le Tribunal, pour des litiges relatifs à la passation de marchés. La présence d'une clause compromissoire, figurant dans un contrat d'achat immobilier, l'a également conduit devant la Cour : par exemple, arrêt du 10 avril 2003, Parlement/SERS et Ville de Strasbourg, C-167/99, Rec. p. I-3269.

⁵⁰ Cet argument fut invoqué, par exemple, relativement à une décision de constituer une commission d'enquête (ordonnance du 4 juin 1986, Groupe des droites européennes/Parlement, 78/85, Rec. p. 1753) pour la désignation à un poste de président de délégation interparlementaire (ordonnance du 22 mai 1990, Blot et Front National/Parlement, C-68/90, Rec. p. I-2101).

⁵¹ Arrêt du 2 octobre 2001, Martinez e.a./Parlement, T-222, 327 et 329/99, Rec. p. II-2823.

Un parti politique qui s'était, lui aussi, joint à cette action fut en définitive écarté, la Cour décidant sur pourvoi, qu'il n'était, pour sa part, pas directement concerné.⁵²

D'autres cas se présentèrent encore, relativement à des questions relevant d'actes pris en réalité par les autorités nationales concernant les mandats des députés ou la vérification de leurs pouvoirs, dans lesquels la Cour conclut à l'absence d'actes susceptibles de recours devant elle.⁵³

Un autre terrain de litiges concerne les questions d'immunité parlementaire, soit que le Parlement l'ait levée, soit qu'il ait refusé d'accéder à la requête d'un député souhaitant bénéficier de l'immunité dans le cadre de poursuites pénales devant son juge national.

Si la Cour a régulièrement confirmé sa jurisprudence selon laquelle le Protocole sur les privilèges et immunités (l'actuel protocole n°7 au traité de Lisbonne) crée un droit subjectif au profit des personnes visées, ce qui lui permet ainsi de vérifier la légalité de décisions du Parlement dans ce contexte, elle n'a jamais donné raison aux requérants.⁵⁴

Un dernier type de cas vise encore les situations dans lesquelles des réglementations internes génèrent des droits pécuniaires tels qu'une indemnité de fin de mandat. Ces affaires ont été jugées recevables et fondées.⁵⁵

5 Conclusion

Soixante ans ! Longue période dans la vie d'un homme, peu de choses, espérons-le, pour des institutions comme la Cour de justice de l'Union et le Parlement européen.

Je suis bien placé pour savoir que, pour mes jeunes collègues du Service juridique, le Parlement européen a toujours été un acteur à part entière de la vie judiciaire de l'Union et ils sourient, avec une légère condescendance, quand les "anciens" leur parlent de la conquête de la légitimation active et passive.

⁵² Arrêt du 29 juin 2004, Front national/Parlement, C-486/01, Rec. p. I-6289. Voir aussi ordonnance du 10 janvier 2005, Gollnisch e.a./Parlement, T-357/03, Rec. p. II-1 et ordonnance du 11 juillet 2005, Bonino e.a./Parlement, T-40/04, Rec. p. II-2685.

⁵³ Par exemple, arrêt du 7 juillet 2005, Le Pen/Parlement, C-208/03, Rec. p. I-6051 ou arrêt du 30 avril 2009, Italie et Donnici/Parlement, C-393/07 et C-9/08, Rec. p. I-3679.

⁵⁴ Par exemple, arrêt du 15 octobre 2008, Mote/Parlement, T-345/05, Rec. p. II-2849; arrêt du 19 mars 2010, Gollnisch/Parlement, T-42/06, Rec. p. II-1135.

⁵⁵ Par exemple, arrêt du 23 mars 1993, Weber/Parlement, C-314/91, Rec. p. I-1093. Une jurisprudence se développe actuellement concernant les récupérations d'indemnités de fonction incorrectement utilisées par des députés, par exemple, arrêt du 16 décembre 2010, Martin/Parlement, T-276/07, non encore publié.

Mais puisque la Cour a joué un rôle si marquant dans cette aventure, ces Mélanges en l'honneur de l'honorable sexagénaire donnent l'occasion de se remémorer cette fameuse aventure.

Comme cela a été dit, l'augmentation des pouvoirs institutionnels du Parlement européen et son implication dans une très grande part des activités ou des décisions prises au nom de l'Union fait qu'il est de plus en plus présent devant le Haut prétoire de Luxembourg. Au moment où s'écrivent ces lignes, il est ainsi mêlé à quarante-cinq affaires pendantes.

Pour autant que je puisse me permettre une remarque subjective, je constate que, de mon expérience, la Cour de justice jouit, dans l'esprit des députés, d'une considération extrême et je n'ai jamais entendu, dans les nombreuses réunions auxquelles j'ai assisté dans ma longue carrière, aucune critique dirigée contre l'institution en tant que telle et sa jurisprudence.

Co-autorité budgétaire, le Parlement européen a toujours accueilli avec beaucoup d'attention les demandes formulées par la Cour, sur les questions de personnel, de fonctionnement ou d'équipements dans le cadre des budgets généraux.

S'agissant de la nomination des juges, le Parlement y est à présent associé, à la marge, en ce qu'il propose un nom pour le comité des sept personnalités, visé à l'article 255 TFUE, dont chacun sait le rôle qu'il a pris à cet égard.

La question de la nomination des juges et de la structure de la Haute juridiction est d'ailleurs un sujet d'intérêt déjà ancien pour le Parlement. Plusieurs résolutions parlementaires ont abordé le sujet, dont certaines souhaitent une association plus intense du Parlement aux procédures de nomination, à l'instar de ce que certains Etats membres connaissent. Quant à la durée du mandat des juges de la Cour et du Tribunal, il devrait, pense le Parlement, être de neuf ans, non renouvelables.⁵⁶

Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'article 281 TFUE, le Parlement est désormais compétent, à égalité avec le Conseil, pour modifier en procédure législative ordinaire, certaines parties du Statut de la Cour de justice de l'Union, dont le premier exercice est en cours.

Un dernier mot pour conclure: il est de bon ton de prétendre que la Cour serait "l'amie du Parlement". Nous connaissions "*l'amicus Curiae*", nous aurions donc aussi "*l'amica Parlamenti*"!

Même s'il est bon de rire de choses sérieuses, on ne voit pas d'où provient ce bruit et certainement pas de l'épisode de la légitimation active, que nous avons rappelé...

A la Cour d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités, donc de départager les plaideurs. Ce ne serait pas lui faire honneur que de la soupçonner de telle ou telle sympathie pour une institution de l'Union.

⁵⁶ Sur ce point, on verra Garzón Clariana 2003, p. 2.

Références

- Garzón Clariana G (2003) Le rôle du Parlement européen dans le développement de la Cour de justice. In: Colnesic N, Edward D, Puissochet JP, Colomer DR (eds) *Une communauté de droit*, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias. Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, pp 21–40
- Pennera C (2012) La représentation en justice des auteurs d'un acte législatif qu'ils adoptent conjointement. In: Jacqué JP et al (ed) *A Man for All Treaties, Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*. Bruylant, Bruxelles, pp 441–454

Les institutions politiques de l'Union et la Cour de justice: Le point de vue du Conseil

Hubert Legal

Résumé Il est bien hardi de prétendre exprimer un point de vue du Conseil sur la Cour mais, s'il faut tâcher de déceler les attentes profondes de l'institution où siègent les représentants des Etats membres vis-à-vis de la juridiction de l'Union, ce n'est pas du tout de complaisance, de flexibilité et d'innovation conceptuelle qu'il est besoin, mais de continuité dans les méthodes, de rigueur dans les analyses et les déterminations qui en découlent et de fermeté dans la vision constitutionnelle. La période est complexe; les configurations de l'Union se démultiplient sans logique apparente, les faux semblants prospèrent et la direction dans laquelle le processus se dirige n'est pas sérieusement prévisible. C'est d'ordre dans ce désordre, de clarté dans cette confusion, de hiérarchie dans cet écheveau et de raison dans cette folie rhétorique que l'Europe a besoin. La Cour a les outils pour y contribuer fortement, rappeler les règles, tracer les lignes rouges et fixer les priorités car le droit n'est pas qu'une contrainte; il est notre projet commun. La jurisprudence n'est pas la loi mais elle guide la plume du législateur. Le Conseil appelle de ses vœux une Cour forte, résolue et confiante, ainsi qu'elle l'a toujours été. A présent que ces belles qualités classiques sont devenues difficiles à pratiquer, elles sont d'autant plus impérieusement requises.

Juriconsulte du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne. En dépit du titre, les commentaires contenus dans la présente contribution sont présentés sous la seule responsabilité de leur auteur s'exprimant à titre personnel et n'engagent ni l'institution ni son Secrétariat général.

H. Legal (✉)
Conseil européen, Bruxelles, Belgium
e-mail: hubert.legal@consilium.europa.eu

*“Ne faut-il que délibérer,
La cour en conseillers foisonne;
Est-il besoin d’exécuter,
L’on ne rencontre plus personne.”*

La Fontaine, Conseil tenu par les Rats.

*“Cuidiez vous que sous mon capel
N’y eut tant de philosophie
Comme de dire: “J’en appel”?
Toute bête garde sa pel;
Qui la contraint, efforce ou lie,
S’elle peut, elle se délie.”*

F. Villon, Question au Clerc du Guichet.

Tel à qui l’on demande: “Parlez moi de moi” vous parlera de lui. Vous êtes en effet deux que cela seul intéresse. Et rien ne sert de rappeler le sujet, plus vous serez au centre de son propos, plus c’est son portrait à lui qui paraîtra sur la toile. Tant pis ou tant mieux; quel malotru voudrait orner sa chambre de dix versions de sa propre figure et laisser au rebut les traits de ses amis?

Non qu’il soit illégitime pour la Cour de chercher à savoir comment son action est reçue; le délibéré est, par essence, ouvert aux idées et fermé aux influences et le travail juridictionnel ne saurait s’abstraire d’un procès dont le juge n’a que peu à connaître des suites. Les regards croisés ont ici plus qu’ailleurs un intérêt de substance et non de vanité.

Si l’on fait le pari qu’il est plus attendu ici de vérité que d’éloge, donner le point de vue du Conseil sur la Cour oblige à commencer par s’interroger sur l’existence d’un tel point de vue.

Les institutions sont, sur le mode statique, les pièces d’un dispositif et, sur le mode dynamique -ou idéaliste- les moteurs d’un dessein. Elles ne sont pas conçues pour s’entre-regarder mais pour produire des règles et en obtenir l’application. Dans leur perception existentielle toutefois, elles se fournissent les unes aux autres des repères et se tendent des miroirs. Par exemple, la Commission et le Parlement européen disent au Conseil que, instance “intergouvernementale” et non “communautaire”, il n’existe pas autrement que comme une *agora* où se retrouvent les Etats membres. C’est donc à ceux-ci qu’il convient que l’on s’adresse, et cela se perçoit dans la terminologie et dans les attitudes. Le Conseil européen lave l’affront en faisant tourner son glaive sommital par-dessus la tête des irrespectueux.

Quitte pour mes homologues à le démentir, ce que renvoient à la Cour la Commission et le Parlement européen est relativement prévisible: la première demande à être confortée dans son rôle de gardienne des traités -terme bucolique inventé par elle et dont la Cour a sur le tard admis l’usage- et le second veut être assuré -au moins- d’une stricte égalité de droits pour la chambre des députés qu’il serait avec le *sénat conservateur* que serait le Conseil. Chacun est porteur d’un projet identifiable, pour la Commission celui d’intégrer les Etats membres dans l’Union, pour le Parlement celui de faire exister au niveau de l’Union une démocratie qui est, à en croire certaines cours constitutionnelles, encore loin d’être réalisée dans ce cadre.

Le Conseil, n'étant animé d'aucune intention aussi prépondérante, n'a pas de miroir brillant à tendre à la Cour pour lui dire qu'elle est toujours la plus belle. Son identité institutionnelle indéfinie rend des reflets brouillés et peu flatteurs. En outre, il n'a ni plénière, ni collègue pour exprimer au sommet le point de vue, réputé unique, de ses dix configurations. Le Conseil européen, chapitre majestueux mais non légiférant, est désormais une institution distincte et, au demeurant, quasiment dépourvue d'expérience de la Cour. Le secrétariat général est un secrétariat général. Il fournit au Conseil et à ses présidences des services et des avis mais n'a pas vocation à poursuivre un but autonome, si ce n'est celui d'optimiser le fonctionnement de l'institution, ce qui certes comprend l'effort pour l'amener à respecter les règles, des plus fondamentales aux plus élémentaires, qu'elle a reçues ou qu'elle s'est données et au plus haut desquelles figure l'Etat de droit.

Au sein du secrétariat général, les membres du service juridique - comme tout juriste travaillant dans les institutions qui ne soit pas mercenaire ou inculte - reconnaissent une double autorité, la temporelle, dans le service de l'institution qui les emploie, et la spirituelle, dans la fidélité à la Cour qui les inspire, les deux aspects étant bien sûr indissociables. Cette double allégeance va sans difficulté. Non pas qu'il soit posé en principe qu'il ne saurait y avoir de contradiction entre l'intérêt général de l'Union et l'intérêt particulier d'une de ses entités constitutives. Un tel postulat serait l'expression d'un état d'esprit corporatiste obtus qui n'a pas cours au Conseil. Mais, face à une contradiction apparente, le respect de la hiérarchie des normes conduit naturellement à analyser l'origine de la divergence et à la corriger plutôt qu'à légitimer l'institution à tout prix. Les services juridiques sont les *missi dominici* de l'empire du droit. Il est de l'intérêt bien compris de chacune des institutions politiques qu'ils le demeurent.

Dans ces conditions, il ne va pas de soi que le juriste du Conseil, qui n'est pas neutre en la matière, soit le mieux à même de transmettre le "ressenti" de l'institution quant à l'apport de la Cour à l'œuvre européenne. Mon rendu des nuances de la sensibilité collective peut donc être imparfait. Mais si, par impossible, le Conseil était appelé à adopter une position sur un sujet aussi peu propice au commentaire politique que la jurisprudence, on peut penser qu'il ferait appel au service juridique pour en assurer la préparation. La contribution requise pourrait emprunter à ce qui suit.

1 La jurisprudence comme Règle

La Règle est, dans le monde chrétien, la ligne de conduite d'un ordre monastique. Fixée par le saint fondateur, elle énonce les devoirs du moine et organise sa soumission aux commandements divins. Qui fixe la Règle dans l'Union? Les Etats membres, en adoptant le droit primaire. Mais le droit primaire précède l'Union, qui n'existe que par lui; parlons des saints et non de Dieu. Dans le fonctionnement de l'Union, qui exprime le sens des commandements originaires? Le législateur, en

adoptant le droit secondaire? Non pas, car ce dernier est contingent et révocable; il applique les traités mais n'a pas pour fonction d'en extraire le sens. La jurisprudence seule est le discours véritable du droit immanent et intangible. Dans l'Union, seule la Cour de justice a l'autorité de la produire. Quelle est en effet la source de toute interprétation autorisée des traités de l'Union et des règles de droit qui s'y appliquent? C'est, en vertu de l'Article 19 du Traité sur l'Union européenne, la Cour de justice, détentrice du pouvoir d'assurer le respect du droit dans l'interprétation des traités. Elle est le fondateur, le prophète. A droit primaire constant, s'entend.

Il en résulte que seule la foi préserve les membres du Conseil de percevoir la jurisprudence comme une contrainte. Or la foi n'est pas un Don paisible au débit mesuré. Elle a ses envolées et ses hoquets.

— *La constance de l'action de la Cour* est, dans ce contexte, son premier apport à l'ordre institutionnel. Le Conseil vit au rythme de l'actualité; sa matière est le phénomène. Qu'une institution non politique ait une vision plus large et plus durable des enjeux de l'intégration est une flagrante nécessité. Les institutions politiques sont par nature inquiètes et veulent qu'on leur présente les règles juridiques qu'elles doivent appliquer sous une forme simple, univoque, cohérente, permanente et incontestable. Et, parmi les institutions politiques, ceci vaut en particulier du Conseil. Ses membres, et encore plus leurs représentants permanents qui sont l'âme de l'institution, défendent des positions élaborées à Bruxelles et plus souvent dans les capitales avec la participation des services juridiques gouvernementaux pour lesquels la doctrine de la primauté est une pierre angulaire, de plus ou moins longue date mais sans contestation qui transparaisse. Dans ces conditions, un avertissement de l'illégalité, en droit de l'Union, d'une disposition à l'examen n'est jamais pris à la légère. Pour autant bien entendu que l'argumentation soit robuste, c'est-à-dire qu'elle ne s'appuie pas sur une jurisprudence prêtant à des interprétations disparates par les services de la Commission ou du Conseil, ou du Conseil et de certains Etats membres, par exemple.

Donc le premier mérite de la Cour est d'être fidèle au poste, d'afficher sereinement la permanence de ses méthodes et d'ignorer les dépressions et les querelles de l'actualité politique. Ainsi l'échec du traité constitutionnel a-t-il été bien amorti dans ses potentialités dramatiques de ce que l'on sait par la jurisprudence historique que les traités européens constituent, quelle qu'en soit la forme, et depuis l'origine des communautés, la charte constitutionnelle d'une communauté de droit. Ainsi l'évocation des temps désormais lointains de "chaise vide" rassure-t-elle sur le fait que le juge de l'Union sait tenir la barre et garantir l'acquis contre les retours en arrière quand le repli menace. Ainsi encore les rappels de l'unité de l'ordre juridique de l'Union sont ils toujours bienvenus lorsque la cohérence du système des voies de recours, ou même du système institutionnel en général, est menacée par des inventions structurelles plus soucieuses d'un but particulier que de la logique d'ensemble. L'avis 1/09 du 8 mars 2011 sur la juridiction des brevets a été un rappel très classique mais très précis de certains impératifs catégoriques qui concernent, au-delà de la matière de

la propriété intellectuelle, les limites de ce que l'on peut greffer sur l'Union sans en dénaturer le principe. En des temps où l'imagination politique n'est pas toujours nourrie d'une culture historique sans faille, un juge orthodoxe est un baume pour les plaies d'esprits meurtris ou désespérés. Il en est de nombreux, même là où on ne les attendrait pas.

Qu'un juriste puisse dire à son institution: "Non, le droit de l'Union ne permet pas cela", et que, ce qui importe plus, il en soit entendu, cela n'est possible que si une jurisprudence claire et constante l'autorise à le faire car on ne peut pas jouer avec l'autorité politique à faire des paris sur l'issue de procédures éventuelles. Cela ne l'amuse pas. Mais les pratiques de négociation souvent très ouvertes au sein du Conseil et les règles de vote applicables font qu'une position initialement minoritaire peut devenir majoritaire si elle est sérieusement présentée comme plus conforme au droit et si elle ne heurte pas des intérêts nationaux essentiels. L'inverse est également vrai. Une telle issue, non exceptionnelle, est intrinsèquement liée à l'autorité de la Cour, qui est une contrainte, mais aussi une sécurité -et donc une contrainte acceptée.

— *L'attention aux équilibres institutionnels* est un trait marquant de l'action de la Cour qui a été moins propre, dans le passé, à lui assurer une popularité de tous les instants auprès des membres du Conseil, surtout, il faut bien le dire, quand elle s'exerçait au bénéfice des compétences implicites de l'Union, du premier pilier pour le choix des bases juridiques ou du Parlement européen quant à la définition des prérogatives.

Mais à présent que le Parlement a obtenu dans les Traités la plénitude de ce à quoi la fonction représentative peut lui permettre de prétendre, dans une organisation qui, en l'état actuel du droit, n'est fédérale ni par sa forme ni par sa nature et que ces mêmes Traités ont effacé la structure en piliers et explicité certaines notions dont le caractère jusque là implicite se prêtait à des interprétations constructives maintenant circonscrites, le Conseil est fondé à s'attendre à ce que l'équilibre institutionnel soit aussi reconnu à son bénéfice et, distinctement de ce qui précède, à celui des Etats membres.

Que l'on songe, entre mille exemples, à la procédure budgétaire, aux accords interinstitutionnels, à la coordination externe ou à la possibilité d'adopter des mandats ou des positions communs à l'Union et aux Etats membres, diverses problématiques actuelles entretiennent des tensions qui n'ont pas d'enjeu réel en termes d'approfondissement de l'Union et qui nourrissent dans la vie politique et administrative de beaucoup d'Etats membres un sentiment d'exaspération envers des bureaucraties perçues, certes à tort, comme nombrilistes, aveugles et haineuses.

Il n'appartient pas à la Cour d'intervenir en première ligne dans des différends d'ordre politique dont au demeurant l'importance réelle est minime, mais il existe au sein du Conseil un besoin de reconnaissance par les "sages" de l'Union de ce que la voix de ceux qui supportent, de bonne foi et dans des conditions difficiles, l'exécution des règles de l'Union, par qui l'intégration peut être accomplie à l'exclusion de tout autre et qui demeurent malgré des transferts de souveraineté - toujours révocables - les maîtres de leur destin, est déterminante dans la formation de la

norme commune. Propos blessants, mesures vexatoires, menaces et autres outrances individuelles qui desservent l'Europe créent l'attente d'un discours de raison.

N'oublions pas qu'en situation de crise, les contraintes institutionnelles même majeures ne sont pas toujours perçues comme incontournables et que les tendances à se défaire des carcans trop rigides coexistent avec la volonté d'utiliser les structures disponibles. Les ressources que peut offrir l'Union pour fournir un cadre à des initiatives nées hors de son sein mais tendant à renforcer la cohésion entre Etats, même par des voies inhabituelles, sont autant de garanties que ces initiatives n'iront pas vers des mécanismes étrangers, voire concurrents, à l'Union - dont l'existence même rendrait pathétiques les protestations de méconnaissance d'une "méthode communautaire" dont personne ne voudrait plus et même de violation de Traités qui deviendraient désuets. Entre trépigner et construire, il n'y a pas dilemme. *Le gros bâton ne tiens en main si de l'autre ne peux nourrir.*

A terme, les troubles que l'Europe traverse actuellement sont probablement encore susceptibles de renforcer son unité. Mais ceci suppose une conception intelligente des équilibres, un peu visionnaire et éloignée des litanies mesquines et rancunières qu'inspire aux pleutres la peur de l'inconnu. Celle de la Cour que nous aimons, qui fait prévaloir la substance sur la forme et le projet sur les travaux préparatoires. Ce qui ne veut pas dire, tout au contraire, qu'une quelconque complaisance soit attendue de sa part.

— *Interpréter selon la règle et non selon la pratique* caractérise la méthode de la Cour, qui est d'essence idéaliste, et non pas pragmatique comme il est dit parfois. Elle suit une logique d'interprétation verticale descendante et n'emprunte rien à des modèles poreux fondés sur l'imprégnation, la capillarité ou l'ambiance. Or la culture du droit écrit structuré est la plus propre à assurer la sécurité juridique dans un environnement international construit autour de règles complexes.

Une technique rôdée et précise tient la bride courte et ne laisse qu'une part restreinte à l'improvisation dans la mise en œuvre du droit primaire et secondaire. C'est tant mieux car, s'il est un Etat de droit dans l'Union, c'est par l'application uniforme de règles non équivoques. Il n'y a pas trois interprétations également plausibles selon l'endroit, la personne ou le contexte; il y a une interprétation - et des erreurs d'interprétation. La norme est objective et, par sa lettre, sa place et son objet ("purpose", c'est-à-dire "propos"), on doit en déterminer la substance et l'effet. A preuve les plaisanteries scolastiques qui irrévérencieusement disent la méthode "latérale, asthmatique et spéléologique" car qui se gausse des écritures c'est qu'il s'y tient et clercs tiennent leur verre comme tiennent leur bréviaire, attendu qu' *anima in sicco habitare non potest*, selon Saint Augustin, *quia spiritus est*.

CILFIT par conséquent. "Le droit communautaire utilise une terminologie qui lui est propre", qui n'a pas automatiquement le sens que lui donne le droit de chaque Etat Membre, y compris quand il dit *pénal*, quand il dit *mariage*, quand il dit *foie gras*, *baby dry* ou *chocolat*, quand il dit *houille* ou quand il dit *aïe* (ce dernier syntagme restant toutefois matière à juger). Mais, s'il est un point qui compte pour le Conseil, c'est la sécurité juridique, et son corrélat le caractère

subsidaire des critères d'interprétation autres que le littéral, qui ne sont pas d'usage lorsque le sens d'un texte est sans ambiguïté.

Sur cette base se construit le droit de l'Union, ainsi que le droit des Etats membres quand ils appliquent le droit de l'Union. Et comme c'est ce qu'ils font -non par soumission mais par volonté- dans les trois quarts de leur législation interne, il est réaliste d'étendre le concept pour admettre que c'est ainsi que se bâtit le droit commun à venir des Etats membres *tout court*. Ceux qui ne voient pas que c'est ainsi que l'Europe avance et non par des rododromes de va-t-en-guerre devant la presse ou des querelles de boulistes sur l'emplacement du cochonnet feraient mieux, dans l'intérêt général, d'y penser à deux fois.

Bien sûr le Conseil n'est pas ravi de s'entendre dire à l'occasion que la pratique institutionnelle constante n'a aucun effet sur les déterminations juridiques soumises à la Cour -mais il faut qu'il s'y fasse, surtout quand certaines pratiques, même constantes ou de longue date comme celle des bases juridiques dérivées, affectent les règles de compétence et de vote prévues par les Traités. Les règles du droit institutionnel primaire de l'Union ne sont pas plus des règles de droit international public que le Conseil n'est une conférence intergouvernementale. La pratique n'y joue qu'un rôle restreint, tout comme la doctrine et les précédents. Ceci confère à notre ordre juridique une capacité conceptuelle maximale sans l'embaras des mains liées par l'habitude prise érigée en loi. Ne négligeons pas l'atout que représente ce primat de la pensée sur la routine, et de l'imagination sur le rapport de forces.

Une Cour stable, visionnaire et rigoureuse, voilà la juridiction de l'Union telle que le Conseil la perçoit.

2 Le contentieux comme garantie

— *Un petit client*: En contraste absolu avec sa place et son envergure politiques, tel est, quantitativement, le Conseil pour la Cour, sauf en défense à des recours directs de particuliers, dans certains contentieux spécifiques comme l'*anti dumping* et les mesures restrictives, à des recours d'autres institutions et à des exceptions d'illégalité. Il n'a pas, comme la Commission, à assumer l'étrange dédoublement entre *amicus curiae* et partie aux procès que lui vaut sa présence dans la plupart des affaires, son rôle de surveillance en vertu des Traités et le nombre de ses fonctionnaires détachés dans les cabinets de juges et d'avocats généraux.

Il ne tiendrait qu'au Conseil de se montrer, dans une mesure qui demeurerait évidemment sans équivalent avec l'action de la Commission, un requérant plus actif. Une telle perspective n'est toutefois pas envisageable, pour plusieurs raisons. En voici quatre:

1. Il y a vingt sept Etats membres, dont les vues ou les intérêts ne sont pas nécessairement coincidents mais qui se réunissent au sein du Conseil pour trouver des accords politiques, pas pour convenir de porter leurs différences d'approche en justice. Il arrive aux Etats membres d'intervenir en ordre dispersé, mais ils ne sont

pour ainsi dire jamais à l'origine de recours dirigés contre d'autres Etats membres sur le fondement de l'Article 259 ou de l'Article 273 du TFUE.

2. Une partie importante de l'activité du Conseil, celle qui concerne la PESC, est, avec l'exception des mesures restrictives, soustraite au contrôle de la Cour de Justice par les Traités eux mêmes.

3. Le Conseil ne voit pas avantage à la radicalisation des conflits interinstitutionnels qu'implique leur transfert à la Cour. En effet, il s'avère que les positions parfois intransigeantes que prennent ses interlocuteurs lorsque des problèmes sont abordés en termes généraux ou abstraits sont souvent plus nuancées dans le contexte de négociations particulières, qui relativisent l'influence des composantes les plus doctrinaires des autres institutions politiques.

4. Il existe une certaine substituabilité, pour la mise en œuvre d'une règle de base, entre les solutions négociées et les solutions juridictionnelles. Or, sans contester que ces dernières puissent s'avérer ponctuellement nécessaires lorsque des blocages législatifs empêchent de donner leur plein effet à des droits garantis par les Traités ou de réaliser des objectifs de l'Union, il est facile de comprendre qu'une interprétation par la Cour d'un principe ou d'une règle générale, en vue de son application à un domaine particulier, ne peut pas - pour des raisons structurelles - tenir compte de la même manière qu'une négociation politique le permet de l'état du droit dans chacun des Etats membres et des difficultés qu'implique son adaptation. Décliner la règle donne nécessairement un résultat quelque peu abrupt sinon aveugle et n'aboutira normalement pas à la mise en place de dérogations, d'exceptions ou de limitations. Même si celles-ci sont socialement justifiées, elles ne se déduisent pour autant pas d'un raisonnement en droit destiné à déterminer les effets attendus d'une règle de principe. Les problèmes concrets que pose l'application des normes d'origine jurisprudentielle dans le domaine du droit social et du droit du travail en fournit l'exemple. Il est naturel que le Conseil soit plus sensible aux problèmes d'exécution des jugements que le Parlement, ou même que la Commission, et ait une certaine répulsion envers le "*private enforcement*".

Toutefois la Cour s'est toujours montrée beaucoup plus soucieuse que ne le sont d'autres juridictions de l'effet de ses jugements, notamment en limitant les effets dans le temps lorsqu'ils sont susceptibles d'occasionner des perturbations sans proportion avec l'intérêt des bénéficiaires des solutions retenues. Sans être gestionnaire des intérêts collectifs des Etats membres, la Cour, dans sa fonction d'intégration, prend manifestement sa part de la responsabilité de trouver un optimum collectif fondé sur les principes. Mais juger n'est pas négocier. Et la jurisprudence est aussi, y compris en dehors du droit matériel, un aliment indispensable de la prise de décision dans l'Union.

— *La jurisprudence concernant les bases juridiques* est une référence cruciale de l'action du Conseil, avec comme point de départ l'idée que tout acte d'une institution suppose l'existence d'un pouvoir d'action, conféré par les Traités, qui en détermine l'objectif, la portée, les effets et la procédure d'adoption.

Le choix de la base juridique fait l'objet des arrêts les plus fréquemment cités dans la pratique du Conseil, qui tient pour essentielle l'exigence d'objectivité

posée par la Cour. On ne retient pas une base juridique pour des raisons de commodité administrative, d'efficacité d'exécution, de règle de vote qu'elle implique au Conseil ou d'étendue des pouvoirs qu'elle confère à une institution. Une telle confusion, manifestement volontaire, entre causes et conséquences est fréquente. La jurisprudence aide à combattre le finalisme en centrant l'analyse sur l'objet d'une proposition (but et contenu), en mettant à part l'accessoire.

Les cas où, pour un contenu indissociable, deux ou plusieurs bases juridiques sont également pertinentes et ceux où la théorie de l'accessoire ne peut être mise en œuvre en raison de la nature de l'une au moins des bases envisagées sont par définition exceptionnels, comme l'est la prise en compte qui peut en découler d'autres facteurs que l'objet de l'acte. Ceci ne signifie pas que des précisions complémentaires ne seraient pas appréciées sur les cas dans lesquels un raisonnement fondé sur l'accessoire est exclu et où plusieurs bases juridiques sont cumulables lorsque plusieurs objectifs sont poursuivis inséparablement.

Relève d'une problématique connexe la question des compétences partagées non exercées qui, selon une thèse ayant cours à la Commission, sont des compétences attribuées à l'Union au titre desquelles celle-ci doit bénéficier d'une capacité d'action extérieure, limitant celle des Etats membres, alors même qu'aucun acte adopté sur la base juridique correspondante ne manifeste l'intention des institutions qui en ont le pouvoir d'exercer cette compétence. Le Conseil n'a pas la même vision des choses et considère que les domaines partagés pour lesquels aucun exercice de compétence n'a eu lieu au sens du Protocole (N°25) ne représentent qu'une compétence potentielle de l'Union qui ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres disposent d'une plénitude de compétence en vertu de l'Article 2, paragraphe 2, du TFUE. Ce sujet, apparemment bien abstrait, envenime pourtant l'importante question de la représentation extérieure de l'Union, en même temps qu'une autre théorie, également soutenue par la Commission, selon laquelle il serait contraire aux Traités d'adopter des positions communes à l'Union et aux Etats membres, des mandats de négociation mixtes ou des autorisations de signature ou de conclusion d'accords internationaux qui le seraient également, au motif que l'autonomie de décision de l'Union en serait compromise.

Le Conseil est d'avis qu'anéantir la mixité pour augmenter la visibilité externe des entités représentant l'Union et les décharger du fardeau de la coordination avec les Etats membres constituerait une issue juridiquement incorrecte et aussi fâcheuse pour l'unité de représentation, envisagée *in concreto*, que porteuse d'une méfiance potentiellement redoutable envers les dispositifs institutionnels de l'Union. Mais c'est à la Cour d'en juger et toute solution revêtue de son sceau vaudra mieux que la répétition épuisante d'escarmouches procédurales sans intérêt qu'engendrent ces désaccords non réglés.

Tout également d'actualité sont les règles particulières qui encadrent l'emploi de bases juridiques déterminées, en dehors même des questions liées à leur caractère cumulable ou "accessoirisable". C'est en regardant vers la Cour que les membres du Conseil s'interrogent sur ce que permettent les Articles 114, 136 et 352, pour prendre ces exemples.

En dépit de la jurisprudence abondante sur le fonctionnement du marché intérieur, l'Article 114 continue à recéler des questions juridiques ouvertes, relatives notamment aux méthodes d'harmonisation permises - dont on comprend mal pourquoi elles semblent parfois avoir été considérées de manière restrictive - et à la validité du recours à cette base pour permettre un retour à des règles nationales lorsqu'il existait des règles harmonisées (en l'absence de perturbations du marché causées par ces dernières) ou pour procéder à une harmonisation qui irait à l'encontre de l'objectif de l'Union d'assurer une concurrence libre et non faussée dans le marché intérieur. La situation politique complexe, et potentiellement centrifuge, du moment pourrait justifier, en contrepoint à la flexibilité requise sur les mécanismes périphériques, une vigilance renforcée quant au maintien en ordre de marche du moteur primordial d'intégration de l'Union que sont, selon la Cour, les règles organisant le marché intérieur.

A signaler également comme d'intérêt actuel la question des limites de l'intervention sur les procédures budgétaires nationales qui peut être réalisée au titre de l'Article 136, par opposition au droit primaire y compris le Protocole (N°12), alors que cet article vise la coordination et la surveillance de la discipline budgétaire et non l'harmonisation du droit budgétaire. De même enfin pour la question de l'avenir de la base juridique de l'Article 352 permettant, sans révision du droit primaire, de réaliser les objectifs de l'Union à défaut d'autres pouvoirs d'action conférés aux institutions, à des conditions procédurales strictes. Des lois et jurisprudences nationales rendent probablement exceptionnel le recours à cette procédure, en raison des règles internes qu'elle implique dorénavant. Elle restera sans doute au moins une option pour réagir à des circonstances critiques qui pourraient, sans elle, générer la tentation de procéder par le "fait accompli".

— *L'autorité de la chose jugée* est, s'il ne fallait retenir qu'une des garanties que la Cour apporte au système institutionnel de l'Union, celle dont le choix s'imposerait. L'exclusion de toute approche relativiste quant à l'obligation de donner leur plein effet aux arrêts et avis de la Cour - et des cours et tribunaux auxquels s'étend son prestige - est ce qui distingue notre culture, structurée et rigoureuse, des édifices parodiques où la garantie des droits n'est pas assurée et où la farce judiciaire est le plus souvent sinistre.

Sans des recours efficaces, la norme n'est pas prise au sérieux. Il n'est que de voir l'effet que produit l'absence de contrôle juridictionnel sur certains actes réputés ne pas faire grief. "Illégal?... Et alors? *So what?* - C'est politique!..." Pareille ineptie est un lieu commun pourtant lorsque la figure du juge ne se profile pas.

Et cette figure est plus que bienvenue car tout Etat membre, et d'autant plus s'il n'est pas de taille imposante, a intérêt à ce que les autres ne s'estiment pas libres de leurs obligations. Qui veut un traité sur la discipline budgétaire réclame que la Cour vienne sanctionner les indisciplinés sur le modèle de l'Article 260, même si le traité est conclu en dehors de l'Union. Qui s'est écarté du "droit chemin" démocratique ou macroéconomique s'empresse de donner à tous les partenaires et à la Commission les preuves quotidiennes de ses bonnes résolutions quand est activé l'Article 258, même quand chez lui la pression des élections joue dans un sens contraire.

Le Conseil ne goûte guère l'aléa. Il ne saisit donc la Cour que très rarement, mais il se sert abondamment de ses déterminations et les appelle de ses vœux quand elles font défaut; l'action politique est sans crédit, privée de l'onction du droit.

3 Le droit comme projet

Le droit a ceci de commun avec d'autres concepts, comme celui de justice, qu'il désigne à la fois un dispositif et une qualité. Il contient à la fois un ensemble de prescriptions et de procédures qui s'imposent dans les domaines régis et une représentation idéale des rapports sociaux offerte comme but à l'action politique. En ce sens, la jurisprudence de la Cour ne peut se réduire à une donnée, fut elle capitale; elle a aussi fonction d'orientation *de lege ferenda*. Bien sûr le Conseil ne serait pas unanime à lui reconnaître ce rôle, et l'on risquerait de nuire au projet en exposant la cohérence de ses éléments. Ils ne seront ici qu'évoqués. *Larvatus prode*.

— Certaine jurisprudence concernant *la transparence, la motivation* et certains *droits fondamentaux d'ordre procédural* est souvent perçue aux alentours du Conseil comme l'incarnation d'un juridisme scolaire et "bien pensant" auquel on témoigne une révérence formelle pour ne pas avoir l'air cynique devant l'opinion publique mais dont l'étalage abstrait de bons sentiments, profondément, exaspère. On attribue volontiers l'enthousiasme pour ces produits édifiants de veillée des chaumières à une forme de bêtise propre aux juristes, que l'on plaint d'être exposés à ce mal et que l'on évite par crainte de contagion. Au mieux on obtempère en levant les yeux au ciel pour avoir la paix. Donnez lui son accès aux documents et sa référence à la CEDH, qu'on en finisse et qu'on passe aux choses sérieuses (OMC, GATT, OACI, Conseil de sécurité, Banque mondiale, etc....).

Peu d'auteurs voudront, à leur corps défendant, attirer l'attention sur cet aspect déplaisant des choses. Concernant les garanties formelles, la Cour, qui jouit d'une confiance fondée sur ce qui la distingue de la Cour européenne des Droits de l'Homme, à savoir son souci de ne pas perturber à plaisir l'ordre juridique dans lequel s'inscrivent ses arrêts, a déçu en cédant parfois (même si elle y a aussi résisté) au syndrome strasbourgeois de la censure facile - entendons facilement déduite du rapprochement inexplicé d'un principe général et de la description brute d'une situation de fait. Méthode simple et peu fatigante, surtout quand on éprouve manifestement, en prime, le sentiment jubilatoire de faire ainsi preuve de vertu.

Il est connu qu'une des raisons historiques du succès dans certains cercles de l'idée d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne était, même si cette voie n'a pas été poursuivie, qu'elle pourrait offrir une alternative aux méthodes mises en œuvre par la Cour des Droits de l'Homme pour interpréter et appliquer la Convention de sauvegarde. L'impression, vraie ou fausse, d'une

évolution dans le sens d'un concours de beauté sur échelle de perroquet a anéanti toute espérance de cet ordre chez ceux qui la nourrissaient (sans généralement la professer).

Nous nous faisons ici l'écho, pour démentir l'impression d'un unanimité béat, de sarcasmes que nous ne partageons pas mais qui font partie du paysage. Pour autant, les principes jurisprudentiels de bonne administration, repris dans les traités sous leurs diverses formes, ont fait leur chemin. Avec d'heureuses surprises, comme celle née de ce que l'accès aux avis juridiques, pour autant qu'il exclue les développements portant sur des questions non encore tranchées par la Cour, n'a pas porté atteinte à la confiance de l'institution en son service, ni réellement affecté la façon de rédiger ces avis, contrairement à ce que l'on était fondé à craindre. Avec par contre des surprises beaucoup moins heureuses, comme celle de l'apprentissage des innombrables moyens qui permettent, tout en affichant la publicité des travaux, de faire échapper l'essentiel d'une négociation à cette contrainte, sans que cela choque le moins du monde les représentants d'Etats les plus anciennement et constitutionnellement attachés à la transparence des délibérations politiques.

La théorie des apparences, pour enfin la nommer, a heureusement à la Cour un crédit que l'on devine mitigé.

— *La protection des personnes contre d'éventuelles violations substantielles de leurs droits fondamentaux*, quel que soit le cadre procédural dans lequel elles interviendraient, est à distinguer de la rubrique précédente. La Cour, après avoir longtemps subi à son front l'épine *Solange* telle la marque douloureuse de sa couronne christique, semble avoir été saisie d'un mouvement que ne démentiraient pas les juges constitutionnels allemands en opposant à la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité une vérification de compatibilité avec les garanties fondamentales reconnues par l'ordre juridique européen, tout comme le *Bundesverfassungsgericht* a maintenu qu'il avait mission de le faire, dussent quelques dents en grincer, s'agissant de la conformité de la législation de l'Union aux principes fondamentaux du droit constitutionnel de l'Allemagne.

Une doctrine du droit international public d'inspiration fort classique s'est récréée, à l'époque des premiers recours portant sur des mesures restrictives fondées sur l'actuel Article 215 du TFUE, contre toute solution déclarant les requêtes recevables et fondées, laquelle emporterait méconnaissance de la compétence liée pour mettre en œuvre, telles quelles, des décisions dont l'effet obligatoire découle de la Charte des Nations Unies. La Cour a passé outre aux mouvements d'indignation des "internationalistes" qui ont haussé les épaules en grommelant que, décidément, les "communautaires" ne comprendraient jamais rien, dans leur obsession provinciale, à l'ordre juridique mondial.

Aujourd'hui, la jurisprudence sur les "mesures restrictives" est plus connue par les annulations redoutables qu'elle entraîne que par la tâche originelle qu'elle aurait porté en attendant à une orthodoxie moniste bien affaiblie par ailleurs. La pratique des "sanctions", qui ne saurait ignorer à présent les contraintes de contradictoire, de motivation (légalité externe) et de documentation (légalité

interne) qui s'imposent à elles, en est peut-être améliorée; elle est en tout cas avertie de ce qu'il ne suffit pas de reprendre tel quel un nom issu de procédures nationales de renseignement politiquement incontrôlables pour remplir les conditions suffisantes au gel des avoirs de la personne que ce nom en principe désigne. Ce n'est pas un mince résultat dans le monde juridiquement opaque de l'antiterrorisme, et l'on peut saluer la Cour pour l'attention que suscitent, notamment outre-Atlantique, ses déterminations en la matière.

Et, pour autant, le recours aux listes de sanctionnés s'établit de jour en jour plus habituellement comme un outil censé démontrer l'interventionnisme de l'Union, à l'exemple de certains de ses partenaires, dans les relations internationales. Familles de dirigeants, journalistes complaisants, recteurs répressifs, juges dociles et policiers trop zélés voient leurs biens gelés et leurs mouvements interdits, avec la consolation de se dire que, malgré la grande loi du commerce, quelques hommes d'affaires y passent également à l'occasion... A tout le moins peut on se dire que l'on y regarde un peu plus près qu'avant. Pour la forme? C'est difficile à dire. Il serait sans doute hâtif de soutenir que le fond ne s'en trouve en aucune manière infléchi.

— *Faire avancer l'intégration sans suggérer le fédéralisme* est et demeure enfin un projet que la Cour porte au fil de ses arrêts. De ce point de vue, la Cour est impartiale, sans être neutre. On murmure que son militantisme de l'Europe unie et libérale aurait laissé place à une *realpolitik* entre chèvre étatique et chou communautaire, entre marteau des anciens et enclume des nouveaux, entre aides pour les grands et concurrence pour les petits. Bref il se dit bien des choses que l'on ferait mieux de dire à d'autres. Car la Cour maintient son panache et rien n'infirmé à ce jour que sa devise soit : "Je plie mais ne romps pas".

Quant aux membres du Conseil, et plus encore depuis l'élargissement de 2004, ils connaissent le partage entre deux tendances aux lignes fluctuantes, celle qui poursuit une logique d'unification assumée et celle qui, sans exclure des solidarités ponctuelles, place l'accent décidément sur le marché commun. Mais, que l'on mette en valeur les symboles d'unité ou les limites de la démocratie dans l'Union, la procédure législative ordinaire (qui ne fait OLP qu'en anglais) ou la méthode intergouvernementale (qui fait peur dans toutes les langues), l'heure est au rude affrontement des intérêts nationaux sur fond d'implication brutale mais consentie des institutions dans des géométries atypiques. Donc on progresse, à reculons et en désordre, mais à vive allure.

Dans ce contexte équivoque, dangereux et prometteur, la Cour a un grand rôle à jouer de stabilisation, dans le registre de la placide équanimité et non dans celui de l'opportunisme médiatique. Un plan de recul, ni en avant, ni en arrière, ailleurs, pour distancier sans perdre contact et guider sans surprendre. Il y a de l'ouvrage pour dessiner les voies diverses, d'une main légère et précise, qui mènent, sans exclure coopérations renforcées, "*opt-ins*" et accords entre Etats membres, mais en préservant la cohérence des structures centrales, vers une Europe plus soudée, plus dense et plus active.

4 Pour conclure

L'œuvre de la Cour est, pour le Conseil, une contrainte, une garantie et une orientation.

Autant dire qu'elle est ce qu'est le droit pour la politique. Quelque chose d'autre et de semblable. Les cours de justice ont autrefois été des cours de parlement et les conseils des organes judiciaires. Les pouvoirs ont depuis été séparés, mais affirmer, outre la forme, l'altérité absolue de leur exercice serait de courte mémoire.

Autant dire aussi qu'il n'est rien d'acquis, rien n'étant plus insoucieux de l'histoire que l'actualité politique. Comment mieux célébrer l'action de la Cour qu'en soulignant l'ampleur de sa tâche à venir? D'où notre exposé plus chargé en questions, soumises avec estime et respect, qu'en genuflexions serviles. La force de sa vision inspirera la confiance qui consacrera le rôle de la Cour pour les temps à venir, à la hauteur de celui qu'elle a joué dans nos soixante premières années de communauté et d'union. La grandeur n'est hélas pas inhérente à l'acte de juger, mais elle peut s'y observer à l'occasion. De telles occasions ont forgé à la Cour - notre Cour - l'ossature et la conscience de l'Europe institutionnelle. Celles-ci ont un besoin pressant de consolidation.

Le Conseil ne sera pas la dernière institution à respirer si la Cour, saisine aidant, prend la tâche. Il ne sera alors que d'attendre sereinement la lecture de l'arrêt dans l'affaire C-6543/21 Commission, soutenue par Parlement européen et Conseil, c/ RetourenArrière Inc. Très sereinement car il en sera bien jugé, et dans un délai raisonnable eu égard au nombre des recours.

La Commission devant la Cour de justice: l'exemple de la procédure préjudicielle

Luis Romero Requena

Résumé Cette contribution examine les rapports entretenus entre la Cour de justice et la Commission dans le cadre des procédures préjudicielles. Bien que la Commission y joue un rôle très actif, sa position institutionnelle est difficile à déterminer d'emblée. Sont examinées les similitudes, mais aussi les différences, de la position de la Commission par rapport à celles de l'expert judiciaire, de l'*amicus curiae* et de l'avocat général. Le rôle de la Commission varie en outre selon la nature des questions préjudicielles. Dans certaines hypothèses, la Commission est amenée à défendre des thèses "engagées" qui reflètent son rôle actif dans le développement et l'application du droit de l'Union. Tel est le cas en particulier lorsque la Commission est elle-même partie dans le litige national qui donne lieu au renvoi préjudiciel.

Hasard ou volonté délibérée des rédacteurs des traités, la Cour de justice et la Commission européenne figurent l'une à la suite de l'autre dans l'énumération des institutions de l'Union que l'on retrouve à l'article 13, paragraphe 1^{er}, du Traité sur l'Union européenne (TUE). Bien qu'elles ne jouissent ni de l'assise démocratique dont bénéficie le Parlement européen à travers l'élection de ses membres au suffrage universel ni du lien direct avec les Etats membres de l'Union qui caractérise la composition du Conseil européen et du Conseil, la Cour et la Commission ne sont

Directeur Général du Service juridique, Commission européenne.

L. Romero Requena (✉)
Commission européenne, Bruxelles, Belgique
e-mail: Luis.Romero-Requena@ec.europa.eu

pas pour autant des acteurs mineurs sur la scène européenne. Elles en sont au contraire une pierre angulaire pour ce qui concerne le volet juridique de la construction de l'Union. Cette dernière est en effet une communauté de droit, fondée sur des traités constitutifs (article 1^{er} TUE) et sur des valeurs parmi lesquelles figure celle « de l'Etat de droit » (article 2 TUE). Dans ces conditions, le rôle assigné à la Cour de justice d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » (article 19, paragraphe 1^{er}, TUE) apparaît essentiel. Dans l'accomplissement de cette tâche, la Cour de justice est étroitement associée à la Commission qui est chargée elle aussi de « veille[r] à l'application des traités » et de « surveiller l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne » (article 17, paragraphe 1^{er}, TUE).

La complémentarité des tâches de la Cour et de la Commission ne manque pas de se répercuter sur leurs caractéristiques institutionnelles. Lorsqu'il esquisse une typologie des institutions, organes et organismes de l'Union européenne, l'observateur ne peut qu'être frappé par les nombreuses similitudes que présentent ces deux institutions. Elles peuvent en effet se réclamer d'un statut qui leur garantit une grande indépendance dans l'accomplissement de leurs tâches ; leurs membres agissent en toute impartialité et ne représentent pas les Etats membres dont ils sont les ressortissants ni aucun autre intérêt particulier ; le travail de ces membres s'accomplit dans le cadre d'un mandat défini dans le temps, etc. Bien évidemment, cette comparaison a ses limites et ne saurait faire oublier les différences fondamentales qui séparent une autorité juridictionnelle comme la Cour et une institution de nature principalement politique comme l'est la Commission (même si celle-ci est également investie par les traités de fonctions quasi-juridictionnelles).

Dans ce contexte, il n'est pas sans intérêt d'examiner les liens féconds qui se sont créés entre la Cour et la Commission au long de soixante années de collaboration. Tel est le cas tout d'abord dans le cadre de la procédure en manquement, où c'est le plus souvent sur saisine de la Commission que la Cour intervient afin d'assurer le respect du droit de l'Union par les Etats membres. Ceci vaut également pour la procédure en annulation, où, de façon parfois plus douloureuse pour la Commission, s'établissent les critères de légalité des actes de l'Union.

Un autre exemple particulièrement instructif de cette collaboration féconde est à trouver dans la procédure préjudicielle. Même si les dispositions des traités et du statut de la Cour de justice qui sont consacrées à cette procédure n'envisagent guère de rôle particulier pour la Commission (dans le règlement de procédure de la Cour, elle n'est le plus souvent mentionnée qu'indirectement, à titre d'un des « *intéressés visés à l'article 23 du statut* »), il n'en demeure pas moins qu'au fil des années elle a fourni une contribution importante au traitement par la Cour des questions qui lui ont été soumises par les juridictions des Etats membres. C'est à quelques aspects de cette interaction unique en son genre que la présente

contribution est consacrée.

Point n'est besoin de rappeler ici en détails les caractéristiques de la procédure préjudicielle, le succès qu'elle a rencontré auprès des juges nationaux, ni la contribution essentielle qu'elle apporte à l'application du droit de l'Union dans l'ensemble des Etats membres. Cette procédure non contentieuse, inédite au moment de sa création, instaure un mécanisme de coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales. Elle permet à ces dernières de saisir la Cour de toute question portant sur l'interprétation des traités ou sur la validité et l'interprétation du droit secondaire, faculté qui se transforme en obligation dans le chef des juridictions de dernière instance. La réponse apportée par la Cour à chaque question préjudicielle non seulement permet à la juridiction nationale qui l'a saisie de résoudre le litige particulier pendant devant elle mais, au-delà, s'incorpore à la norme interprétée ou (in)validée et ce faisant lie toute autorité nationale ou de l'Union pour la mise en œuvre future de la norme. Ce mécanisme permet ainsi de concilier une application décentralisée du droit de l'Union par l'ensemble des juridictions nationales avec une unicité d'interprétation de ce même droit.

Cette procédure a connu un succès croissant au fil du temps et occupe aujourd'hui une place centrale dans l'activité de la Cour de justice, puisque cette dernière est saisie chaque année de plusieurs centaines de renvois préjudiciels émanant de juridictions établies sur l'ensemble du territoire de l'Union, qu'il s'agisse de Cours constitutionnelles ou suprêmes ou, au contraire, de tribunaux de rang inférieur dans les hiérarchies nationales, juridictions parfois spécialisées, parfois généralistes. A tous, sans aucun filtre et avec la même attention et la même diligence, la Cour de justice apporte les réponses nécessaires.

Pour remplir cette tâche, la Cour de justice peut compter sur l'appui de nombreux intervenants. Ainsi que le prévoit l'article 23 du statut, la décision de la juridiction nationale est en effet notifiée aux parties en cause dans l'affaire nationale, aux Etats membres et à la Commission, ainsi qu'à l'institution, l'organe ou l'organisme de l'Union qui a adopté l'acte dont la validité ou l'interprétation est contestée. Lorsque l'un des domaines d'application de l'accord sur l'Espace économique européen est concerné, la décision est également notifiée aux Etats parties à cet accord ainsi qu'à l'Autorité de surveillance AELE. Enfin, lorsqu'un accord le prévoit, elle peut également être notifiée à des Etats tiers qui seraient concernés. Tous ces acteurs ont la faculté de déposer devant la Cour des observations afin d'éclairer cette dernière sur la raison d'être des normes qui font l'objet de la question préjudicielle, sur les travaux préparatoires qui ont précédé leur adoption, sur la manière dont ces normes sont comprises et mises en œuvre dans les différents systèmes juridiques nationaux, sur les répercussions financières, économiques, politiques qu'emporterait l'une ou l'autre interprétation, sur les circonstances et particularités du litige national, etc. Si la Cour décide de la tenue

d'une audience, les mêmes intéressés ont la faculté de présenter leurs observations orales devant la formation de jugement.

Parmi tous ces intervenants, la Commission occupe une place tout à fait unique. De par l'étendue des compétences de son personnel, elle dispose en effet d'une expertise reconnue lui permettant de fournir une analyse détaillée tant du système juridique national concerné par le litige au principal que des origines et des objectifs de la norme de droit de l'Union faisant l'objet de la question préjudicielle. Etant souvent elle-même l'auteur soit de la norme elle-même soit de la proposition à l'origine de ladite norme, elle est la seule à même d'en exposer les travaux préparatoires. Pour ce qui concerne les circonstances du litige au principal, les agents de la Commission examinent si nécessaire le dossier national transmis par la juridiction de renvoi, afin de pouvoir se prononcer en détails sur les normes juridiques applicables *rationae materiae* et *rationae temporis*, sur la pertinence des questions posées par la juridiction ou encore sur l'intérêt éventuel à aborder des points de droit additionnels afin d'apporter une réponse utile à la juridiction de renvoi.¹ Les arrêts de la Cour ayant en principe un effet rétroactif mais la Cour se réservant toutefois le droit d'en limiter les effets dans le temps, qu'il s'agisse d'arrêts en interprétation ou en validité, la Commission est enfin bien placée pour se prononcer sur les conséquences économiques, financières ou autres qui pourraient découler d'une interprétation déterminée ou d'une déclaration d'invalidité. En résumé, la Commission est généralement en mesure d'apporter une contribution utile sur l'ensemble des aspects de chaque renvoi préjudiciel.

Ce rôle privilégié de la Commission est d'ailleurs partiellement reconnu par les textes régissant la procédure préjudicielle. En vertu du Statut, la Commission est la seule institution de l'Union à laquelle les renvois préjudiciels sont toujours notifiés. Par ailleurs, elle dispose systématiquement de la faculté de déposer des observations écrites dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence (alors que, parmi les Etats membres, seul l'Etat membre dont relève la juridiction de renvoi bénéficie de ce droit, les autres Etats membres ne pouvant présenter que des observations orales lors de l'audience).

Afin d'assumer pleinement son rôle de « gardienne des traités », la Commission a estimé qu'il était de son devoir de faire un plein usage de ces prérogatives. Elle est ainsi la seule, par l'intermédiaire de son Service juridique, à déposer systématiquement des observations écrites dans toutes les procédures préjudicielles dont la Cour est saisie, quelle que soit l'importance de l'affaire, quel que soit l'Etat membre dont émane la question et quelle que soit la langue de procédure. Tout en veillant à faire un usage parcimonieux de la faculté que lui confère l'article 44 bis

¹ En effet, pour fournir une réponse utile, la Cour s'estime en droit de prendre en considération des normes auxquelles le juge de renvoi ne s'est pas référé dans sa question préjudicielle (notamment arrêt du 20 mars 1986, Tissier, 35/85, Rec. p. 1207, point 9).

du règlement de procédure de présenter une demande indiquant les motifs pour lesquels elle souhaite être entendue, la Commission veille également à être représentée lors de toutes les audiences organisées par la Cour. Cette politique requiert de la part de l'institution un effort considérable en moyens humains et financiers, investissement qui se justifie entièrement compte tenu de l'importance des intérêts qui sont en jeu dans les orientations de la jurisprudence de la Cour de justice.

On rappellera que la Commission est également habilitée, dans certains cas bien déterminés, à endosser un rôle largement similaire directement auprès des juridictions des Etats membres. Tel est le cas dans le domaine du droit de la concurrence, où l'article 15, paragraphe 3, premier alinéa, troisième phrase, du règlement n° 1/2003 prévoit que la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des Etats membres « [l]orsque l'application cohérente de l'article [101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)] ou [102 TFUE] l'exige ». Il s'agit là de situations particulières où l'intervention de la Commission est strictement encadrée.² Ce droit d'intervention de la Commission dans des litiges nationaux peut mener à des situations où la Commission dépose des observations comme *amicus curiae* successivement auprès de la juridiction nationale, puis auprès de la Cour de justice saisie de questions préjudicielles par cette juridiction dans le cadre du même litige au principal. Le cas s'est ainsi présenté dans un litige porté devant la Cour d'appel de Paris ; celle-ci, n'étant pas convaincue par les observations écrites que la Commission lui avait présentées d'office et relevant, à juste titre, que cet avis de la Commission ne présentait pas un caractère contraignant, avait saisi la Cour d'un renvoi préjudiciel, donnant ainsi à la Commission l'opportunité d'exposer sa position une seconde fois.³ De la même façon, dans le domaine du contrôle des aides d'État, la Commission apporte un concours actif aux juridictions nationales en leur transmettant les informations pertinentes qui sont en sa possession ainsi qu'en leur fournissant son avis sur des questions économiques, factuelles ou juridiques qui se posent dans le cadre de l'instance devant la juridiction nationale.⁴ En dehors de ces deux domaines particuliers, la Commission s'est fixée comme ligne de conduite de ne pas fournir aux juridictions nationales d'avis sur l'interprétation du droit de l'Union, mais de se limiter, en vertu de son obligation de

² Voir, à propos de cette disposition, l'arrêt de la Cour du 11 juin 2009, X, C-429/07, Rec. P. I-4833.

³ Arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, non encore publié au Rec., spécialement point 30.

⁴ Voir la communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales, J.O. C85, 09.04.09, p. 1, points 77 et suivants.

coopération loyale, à la transmission d'informations factuelles.⁵ Cette conduite est précisément inspirée par une volonté de préserver l'efficacité et la valeur ajoutée de la procédure préjudicielle ainsi que la compétence exclusive de la Cour de fournir une interprétation authentique du droit de l'Union.

Si l'implication pleine et entière de la Commission dans la procédure préjudicielle est ainsi garantie, la position institutionnelle qu'elle y occupe ne se laisse pas aisément cerner et a peu été discutée en doctrine.⁶

Le rôle de la Commission s'apparente tout d'abord à celui d'un expert au service de la Cour dans la mesure où le savoir détenu par ses services la met en mesure d'éclairer la Cour, dont les ressources humaines sont plus limitées, sur des aspects techniques ou historiques qui seraient difficilement accessibles autrement. Les services de la Commission sont organisés en directions générales spécialisées selon les domaines d'action de l'Union et qui sont la mémoire vivante de tous les travaux et réflexions opérées sur de longues périodes dans ces différents domaines. Les archives de la Commission renferment les travaux préparatoires de la plupart des normes de droit dérivé du droit de l'Union. Son service juridique est constitué d'environ 250 juristes qualifiés, regroupés par équipe thématique et ayant des connaissances des systèmes juridiques de l'ensemble des États membres.

⁵ C'est dans l'affaire *Zwartveld e.a.*, C-2/88 Imm., que la Commission avait été confrontée pour la première fois à "une demande d'entraide judiciaire" émanant d'une juridiction nationale, à savoir le *Rechter-commissaris* de l'*arrondissementsrechtbank* de Groningen au Pays Bas. Ce dernier enquêtant sur des graves irrégularités liées au halle à marée du *Lauwersoog* avait demandé d'obtenir, entre autres, copies des rapports rédigés par les inspecteurs de la Commission et souhaitait éventuellement entendre ces inspecteurs en tant que témoins. La Commission n'ayant pas donné suite à ces demandes, le *Rechter-commissaris* avait saisi la Cour d'une demande d'entraide judiciaire. La Cour, siégeant en formation plénière, a rejeté l'irrecevabilité soulevée par la Commission et a jugé, par ordonnance du 13 juillet 1990 (Rec. p. I-3365), que: "*Dans cette communauté de droit, les relations entre les États membres et les institutions communautaires sont régies, en vertu de l'article 5 du traité CEE, par un principe de coopération loyale. Ce principe oblige non seulement les États membres à prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire, y compris, si besoin, par la voie pénale (voir arrêt du 21 septembre 1989, Commission/Grèce, point 23, 68/88, Rec. p. 2965), mais impose également aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopération loyale avec les États membres (voir arrêt du 10 février 1983, Luxembourg/Parlement européen, point 37, 230/81, Rec. p. 255). Cette obligation de coopération loyale, qui s'impose aux institutions communautaires, revêt une importance particulière dès lors qu'elle s'établit avec les autorités judiciaires des États membres chargées de veiller à l'application et au respect du droit communautaire dans l'ordre juridique national.*" La Cour en a conclu que "*dans le cas d'espèce, la demande émane d'un juge national, qui agit pour la poursuite d'infractions à une réglementation communautaire, et porte sur la communication d'éléments d'information en rapport avec la matérialité des faits constitutifs de ces infractions. Apporter son concours actif à une telle poursuite judiciaire nationale, en communiquant au juge national des documents et en autorisant ses fonctionnaires à déposer comme témoins dans la procédure nationale, constitue une obligation pour toute institution communautaire, et notamment pour la Commission, à laquelle l'article 155 du traité CEE confie la mission de veiller à l'application des dispositions du traité, ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci.*"

⁶ Voir néanmoins Pescatore 1980, pp. 337–359.

Si la Cour n'a que très rarement fait usage de la faculté que lui confère l'article 49 de son règlement de procédure d'ordonner une expertise (et apparemment jamais dans les procédures préjudicielles), c'est donc sans doute pour une large part en raison du fait qu'elle dispose déjà dans chaque affaire, avec les observations de la Commission, d'une vue autorisée et exhaustive sur les différents points de droit et de fait soulevés par les questions préjudicielles.

Le rôle de la Commission ne saurait néanmoins être ramené à celui d'un simple expert. En effet, comme les autres intervenants dans la procédure préjudicielle, la Commission détermine librement le contenu de ses observations, contrairement à l'expert dont la mission est directement précisée par la Cour. En outre, la Commission n'est pas un intervenant neutre et dénué de toute opinion propre. Au contraire, comme on le verra plus en détails ci-après, elle exprime un point de vue propre et défend souvent une opinion subjective. De ce point de vue, l'on serait tenté de rapprocher son intervention de celle de l'*amicus curiae* dans la tradition de *common law*. Dans la tradition anglaise, l'*amicus curiae* visait, entre autres choses, à attirer l'attention des tribunaux sur des éléments de fait ou de droit pertinents, en vue de la résolution du litige en cause, et notamment sur des précédents judiciaires qui, pour diverses raisons, n'auraient pas été invoqués par les parties. Il constituait ainsi un « *mécanisme supplétif de recherche et de détermination de la règle de droit applicable à un cas donné* », ⁷ tout en permettant en même temps l'expression d'une prise de position de tiers au litige.

Les observations de la Commission peuvent également être rapprochées des conclusions présentées par l'avocat général dans les affaires préjudicielles. L'une comme l'autre s'efforcent en effet, dans une étape préalable au délibéré, de porter à la connaissance de la Cour le contexte juridique entourant les questions préjudicielles, d'explorer les arguments qui militent en faveur ou en défaveur des différentes réponses qui peuvent être envisagées et, finalement, de suggérer la ligne qui leur paraît la plus appropriée. Le contexte de leurs interventions respectives diffère toutefois sensiblement. Selon l'article 252 TFUE, l'avocat général présente ses conclusions « *publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance* ». Il agit ainsi en âme et conscience, exempt de toute contrainte institutionnelle. Le statut conféré à l'avocat général par l'article 253 TFUE et par le statut de la Cour lui permet, et lui impose par la même occasion, de se prononcer sur les questions soulevées sans qu'il puisse être influencé par un quelconque intérêt personnel ou fonctionnel. Tel n'est pas le cas, en revanche, des prises de position de la Commission, qui sont nécessairement le reflet de son rôle actif dans le développement et l'application du droit de l'Union.

Le caractère engagé des prises de position de la Commission prend néanmoins des formes différentes et une intensité variable selon le contexte de l'affaire préjudicielle concernée.

Lorsque les questions soulevées portent exclusivement sur l'interprétation du droit primaire de l'Union, la Commission se prononce en principe de la façon la

⁷ Grisel and Vinuales 2007, pp. 380–432, 385.

plus impartiale, « en pur droit », dans la mesure où elle n'est généralement pas « directement » concernée (ni en tant qu'auteur de la norme ni à un autre titre) par les positions que pourraient adopter la Cour. Cette règle connaît toutefois certaines exceptions. Ainsi, il arrive que la Commission, au stade précontentieux d'une procédure en manquement, persuade un Etat membre d'adapter sa réglementation dans un certain sens mais que la compatibilité avec le droit de l'Union des normes ainsi modifiées soit néanmoins contestée devant un juge national, puis, par le biais du renvoi préjudiciel, devant la Cour de justice. Dans un tel cas de figure, la Commission sera la plupart du temps tentée d'exposer devant la Cour une argumentation qui ne remet pas en cause sa prise de position antérieure sur le même dossier. Un autre cas de figure est celui où l'affaire présente une importance tellement fondamentale que son implication politique ne saurait être négligée.

Dans la plupart des cas, les décisions de renvoi préjudiciel soulèvent des questions d'interprétation ou de validité de normes de droit secondaire dans l'élaboration desquelles la Commission a le plus souvent joué un rôle actif, soit parce que c'est elle qui a saisi le législateur ou l'autorité décisionnelle de la proposition ayant conduit à l'adoption des normes concernées par le renvoi, soit parce qu'elle a elle-même adopté les normes concernées (sur la base d'une compétence prévue dans les traités ou en vertu de pouvoirs d'exécution qui lui ont été conférés). Dans de tels cas, la Commission est nécessairement amenée à développer une prise de position engagée sur la réponse à apporter à la juridiction de renvoi. Dans les renvois préjudiciels en validité, elle défendra en principe la validité des actes qu'elle a elle-même adoptés (dans certains cas exceptionnels, toutefois, la Commission a reconnu dans ses observations qu'un fait postérieur à l'adoption d'un acte, en particulier un arrêt de la Cour de justice dans une affaire parallèle, pouvait remettre en cause la validité de ses actes); elle en fera de même pour des dispositions adoptées à son initiative, dans la mesure du moins où l'acte adopté est conforme à ce qu'elle avait proposé. Dans les renvois préjudiciels en interprétation, elle développera l'interprétation qui correspond le mieux à sa politique décisionnelle ; il s'agira parfois d'une interprétation qui était déjà bien établie au moment de l'adoption de l'acte concerné, parfois d'une interprétation nouvelle qui paraît s'imposer au moment où intervient le renvoi préjudiciel, compte tenu de l'évolution du contexte juridique ou factuel.

Cet « engagement » de la Commission correspond à la logique du renvoi préjudiciel et ne saurait emporter aucune critique. Les observations de la Commission sont présentées à la Cour en même temps que celles des autres intéressés (parties au principal, Etats membres, autres institutions et organes), tout aussi « engagés » sinon plus, et ne bénéficient d'aucun statut privilégié. Par ailleurs, quel que soit leur contenu, elles ne portent pas atteinte aux intérêts procéduraux des parties au principal. Comme l'écrivait l'avocat général P. Mengozzi à propos des observations écrites déposées par la Commission devant les tribunaux nationaux en application de l'article 15, précité, du règlement n° 1/2003, rien ne s'oppose à ce que

*la Commission possède éventuellement un intérêt plus ou moins immédiat et/ou plus ou moins clairement exprimé à ce que le litige dans lequel elle compte déposer des observations écrites soit résolu dans un sens donné. Au demeurant, en raison de la mission particulière de surveillance du droit communautaire [...] qui incombe à la Commission, il sera extrêmement difficile, sinon impossible, de distinguer, en pratique, entre ce qui relève de l'intérêt public communautaire et ce qui relève d'un intérêt plus individuel de la Commission, à supposer qu'un tel intérêt existe.*⁸

Ces considérations peuvent être transposées telles quelles au contexte de la procédure préjudicielle devant la Cour de justice.

Certaines hypothèses particulières méritent néanmoins que l'on s'y arrête. Le premier cas de figure est celui dans lequel la Commission est elle-même partie dans le litige national qui donne lieu à renvoi préjudiciel. S'ils ne sont pas très nombreux, ces cas se produisent néanmoins de temps à autre. Il s'agit souvent d'affaires portées devant des juridictions belges, l'implantation de la Commission sur le territoire belge générant des contentieux, notamment de nature contractuelle, relevant de la compétence de ces juridictions. Dans certaines de ces affaires, c'est d'ailleurs la Commission elle-même qui a suggéré au juge national d'interroger la Cour de justice.⁹

Il est intéressant d'examiner, dans de tels cas, si l'intervention de la Commission dans la procédure préjudicielle devant la Cour se fait à titre d'institution de l'Union ou à titre de partie dans la procédure nationale.¹⁰

M. Desmedt avait été recruté comme agent local par la Commission en 1974. Lorsqu'il était devenu fonctionnaire stagiaire en 1977, la Commission avait mis fin à son contrat d'agent local. Ayant été licencié au terme de son stage et ayant perçu une indemnité de deux mois de traitement, M. Desmedt a alors saisi le tribunal du travail de Bruxelles d'une action visant à faire condamner la Commission au paiement d'une indemnité de rupture de contrat d'agent local et le tribunal a posé à la Cour de justice une question d'interprétation du statut des fonctionnaires.¹¹ Dans cette affaire, comme dans d'autres affaires similaires, la question de la qualité en laquelle la Commission intervenait dans la procédure préjudicielle ne semble pas avoir été discutée. A plusieurs reprises, l'arrêt se réfère à la Commission en tant que « partie défenderesse au principal », notamment lorsqu'il est fait référence au dépôt de ses observations écrites. Toutefois, le point de l'arrêt statuant sur les dépens indique, dans une première phrase séparée, que « *Les frais exposés par la Commission [...] qui a soumis des observations à la Cour, ne*

⁸ Conclusions présentées le 5 mars 2009 dans l'affaire X, précitée, point 61.

⁹ Notamment dans l'affaire 109/83, Eurico/Commission (arrêt du 18 octobre 1984, Rec. p. 3582, voir p. 3584).

¹⁰ La même question se pose également pour les Etats membres et les autres institutions. Voir notamment le cas extrême d'un litige entre la Commission et un Etat membre devant un juge national, les deux parties déposant des observations dans le cadre de la procédure préjudicielle sans qu'il soit spécifié clairement à quel titre (arrêt du 26 octobre 2006, Communauté européenne, C-199/05, Rec. p. I-10500).

¹¹ Arrêt du 25 juin 1981, Desmedt/Commission, 105/80, Rec. p. 1701.

peuvent faire l'objet d'un remboursement », ce qui correspond à la formule traditionnellement utilisée par la Cour lorsque les États membres et institutions déposent des observations dans une affaire préjudicielle. Ces indications contradictoires ne permettent donc pas de déterminer avec précision le statut reconnu à la Commission dans le cadre de cette procédure.

En revanche, dans deux affaires postérieures, dans lesquelles la Commission était respectivement partie défenderesse au principal et partie demanderesse en appel au principal, la Cour semble avoir considéré que la Commission était intervenue exclusivement comme partie au principal, puisque le point final de l'arrêt sur les dépens comprend seulement la phrase selon laquelle « [l]a procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. »¹² Cette approche reflète sans doute le fait que les positions exprimées par la Commission dans ses observations étaient directement influencées par sa position de partie au principal dans le litige national.

La Cour a pu se permettre de ne pas trancher de façon explicite cette question, dès lors que la position procédurale de la Commission dans la procédure préjudicielle reste largement la même quel que soit le statut dont elle se revendique (partie dans le litige national ou Commission-institution). Ce flou n'en reste pas moins surprenant, dans la mesure où seule l'Union et non la Commission possède la personnalité juridique (article 47 TUE) et c'est donc en principe toujours l'Union elle-même, « représentée par la Commission », qui devrait être la partie principale dans les litiges nationaux,¹³ de sorte que la distinction avec la Commission-institution devrait être aisée.

Cette question s'est à nouveau posée récemment, dans une affaire préjudicielle actuellement pendante, C-199/11 (Otis e.a.), qui trouve son origine dans une action en dommages et intérêts intentée devant une juridiction belge contre plusieurs entreprises par la Communauté européenne (devenue Union européenne), représentée par la Commission. Le préjudice allégué correspondait au supplément de prix payé par l'Union européenne dans le cadre de plusieurs contrats en raison d'une entente sur les prix entre lesdites entreprises, entente qui a fait l'objet d'une décision de la Commission constatant une infraction au droit de la concurrence. Dans le cadre de ce renvoi préjudiciel, la Commission a veillé à déposer ses observations en tant qu'institution et non au nom de l'Union européenne, partie au principal. C'est notamment l'importance institutionnelle des questions posées par la juridiction de renvoi qui a conduit la Commission à décider qu'il était opportun, dans cette affaire, d'intervenir explicitement en tant qu'*amicus curiae*.

On le voit, les observations déposées par la Commission sont susceptibles d'être influencées par des facteurs variés selon les circonstances propres à chaque

¹² Arrêts du 18 octobre 1984, Eurico/Commission, précité, et du 3 octobre 1985, Commission/Tordeur, 232/84, Rec. p. 3229.

¹³ Voir, en ce sens, les affaires C-199/05, précitée, et C-137/10 (arrêt du 5 mai 2011, Communautés européennes/Région de Bruxelles-Capitale, C-137/10, non encore publié au Rec., spécialement point 18).

affaire. Ceci ne signifie toutefois nullement qu'en pratique la Commission adopte une position qui lui est systématiquement favorable. Au contraire, elle veille à informer la Cour sur les différentes facettes de chaque question préjudicielle, ne fût-ce que pour y répondre de façon argumentée. La Commission est consciente en effet qu'à défaut d'agir de la sorte, ses observations perdraient en crédibilité aux yeux de la Cour et n'y seraient plus prises en compte comme elles le sont actuellement. En outre, de nombreux tiers intéressés n'ayant pas la possibilité de déposer des observations devant la Cour (sauf à parvenir à participer à la procédure devant la juridiction de renvoi), la Commission estime qu'il lui incombe d'exposer les positions en présence de la façon la plus neutre possible. Entre les parties au principal, qui ont souvent certaines difficultés à s'abstraire du litige qui les oppose, et les Etats membres, dont l'attention est largement monopolisée par le souci de préserver leur droit existant, la Commission a donc un rôle irremplaçable et entend continuer à la remplir.

Les quelques réflexions qui précèdent ont mis en exergue la dialectique féconde qui découle de la participation systématique de la Commission aux procédures préjudicielles devant la Cour de justice. Même si elle n'est pas toujours suivie par la Cour, la Commission a la garantie d'être entendue, ce qui facilite l'adoption des mesures éventuellement nécessaires pour se conformer aux arrêts de la Cour.¹⁴ Par ailleurs, malgré le développement des bases de données informatiques, la Commission reste convaincue de la plus-value qu'elle peut apporter au déroulement des procédures préjudicielles, compte tenu des facteurs qui rendent toujours plus difficile le maintien d'une jurisprudence cohérente au sein de la Cour : la croissance du nombre des renvois préjudiciels, l'augmentation du nombre de chambres au sein de la Cour, la rotation entre les juges pour la composition de la grande chambre... Face à toutes ces difficultés, il n'en est que plus remarquable que la Cour a pu parvenir à maintenir une jurisprudence de qualité tout en prononçant ses arrêts dans des délais raisonnables. Tant qu'il en sera ainsi, les appels à des réformes radicales de la procédure préjudicielle (instauration d'un mécanisme de filtre, transfert partiel au Tribunal...) pourront être ignorés, et l'on doit s'en féliciter : la procédure préjudicielle est une machine performante mais fragile et l'on ne saurait y apporter des modifications intempestives sans risquer de mettre en péril le fragile équilibre dont elle est la résultante.

¹⁴ A cet égard, il est important que, de son côté, la Cour de justice fasse un usage raisonnable de la possibilité qui lui est donnée par l'article 103, paragraphe 3, 1^{er} alinéa, du règlement de procédure de statuer par voie d'ordonnance motivée *sans entendre les parties* « [I]orsqu'une question posée à titre préjudiciel est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué ou lorsque la réponse à une telle question peut être clairement déduite de la jurisprudence ». A défaut, l'acceptation des décisions de la Cour pourrait être remise en cause. Ceci est d'autant plus important que la Cour a récemment proposé une modification de son règlement de procédure qui vise notamment à étendre cette possibilité de statuer sans entendre préalablement les « intéressés » aux cas de figure où la réponse à la question posée à titre préjudiciel « ne laisse place à aucun doute raisonnable », hypothèse qui est susceptible d'une interprétation extensive.

Références

- Grisel C, Vinuales J (2007) L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement. *ICSID Rev Foreign Invest Law J* 22/2:380–432, 385
- Pescatore P (1980) Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres. *Revue de droit comparé* 2:337–359

The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment

Sir Nicolas Bratza

Abstract This article looks at the cross-fertilisation that exists between the case law of the European Court of Human Rights interpreting the European Convention on Human Rights and that of the European Court of Justice when it examines cases with a human rights element under the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The Court in Strasbourg has looked to the provisions of the Charter to inform its interpretation of the Convention in cases concerning same-sex marriage, the rights of members of the civil service to sue their employers, the application of Article 6 to proceedings concerning interim measures and the application of the “more lenient penalty” rule in criminal law. At the same time the European Court of Justice has sought to apply the Charter with reference to the case law of the Strasbourg Court in the application of the principle of homogeneity set out in Article 52 § 3 of the Charter. The current practice is mutually enriching for both Courts, as well as for the level of human rights protection throughout Europe, and can be seen as a form of judicial dialogue that will undoubtedly be enhanced when accession of the European Union to the Convention comes about.

For several decades the European Court of Human Rights (“the ECtHR”) and the Court of Justice of the European Union (“the CJEU”) have worked together in order to bolster the protection of human rights in Europe. In the absence of any

President of the European Court of Human Rights. I would like to thank Ms Andreea Arghir, of the Registry of the Court, for her invaluable assistance in preparing this article.

Sir Nicolas Bratza (✉)
European Court of Human Rights, Strasbourg, France
e-mail: nicolas.bratza@echr.coe.int

express provisions governing the links between them, the two Courts conduct a judicial dialogue which guarantees genuine cooperation.

While the ECtHR's aim from the outset has been to interpret and apply an instrument that contains a catalogue of human rights, the Court of Justice of the European Communities (now the Court of Justice of the European Union) has been called upon only gradually to interpret and apply fundamental rights, in line with the evolution of the treaties and the legal system created by them. In order to do this, the CJEU has drawn inspiration from the European Convention on Human Rights ("the Convention"), which it recognises as having "special significance", and from the Strasbourg Court's interpretation of the rights contained therein, thereby laying the foundations for a catalogue of fundamental rights specific to Community law and applied as "general principles of law". The rights thus affirmed were subsequently incorporated in the Charter of Fundamental Rights of the European Union ("the Charter"). Now more visible and with a well-defined content, the rights listed in the Charter afford European citizens genuine protection, in particular since the entry into force of the Charter as a source of primary law. However, the adoption of the Charter and the subsequent reinforcement of its status have not only benefited the legal system of the European Union. The ECtHR began to draw on the Charter as a source of inspiration even before it became binding, as did the national courts.¹ Since its change in status, the Charter has acquired a greater role in the methodology of the ECtHR, since it now represents the crystallisation of a consensus among the majority of Contracting Parties to the Convention as to the scope of the rights enshrined therein.

By this means a process of cooperation is evolving between the two Courts, resulting in mutual enrichment of the Convention and the Charter, as testified by the recent case-law of both Courts. Some examples of significant rulings will be analysed briefly below.

1 Enrichment of the European Convention on Human Rights

Over the course of time the ECtHR has been required on several occasions to examine applications raising issues specific to European Union law. A first category of cases concerns acts of European Union primary and secondary law. Following a number of cases relating to the responsibility of the Member States of the European Union for acts implementing secondary Community law,² the ECtHR gave a ruling in *Matthews*,³ a case concerning the responsibility of the

¹ For several examples concerning courts of the Member States of the European Union, see Cassia and von Coester 2012, p. 503.

² ECtHR, *Procola v. Luxembourg*, no. 14570/89, 28 September 1995, Series A no. 326, and ECtHR, *Cantoni v. France* [GC], no. 17862/91, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V.

³ ECtHR, *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, ECHR 1999-1.

Member States regarding a provision of primary law. The Court's subsequent rulings further clarified the principles governing the relationship, under the former "first pillar", between the Convention and European Union instruments, establishing a presumption in that regard that the protection of fundamental rights (a concept embracing both the substantive guarantees provided and the mechanisms designed to monitor compliance with them) afforded by the Community legal system was equivalent to that under the Convention.⁴ However, that case is not the subject of this chapter, which instead aims to examine the impact of the Charter of Fundamental Rights, both before and after its entry into force, on the scope of the rights guaranteed by the Convention. Before doing this, however, it is worth summarising briefly the ECtHR's position with regard to international law.

1.1 The ECtHR and International Law in General

Following on from the handful of references to international law in the Convention and its Protocols,⁵ the Convention institutions were quick to refer to the general principles of international law.⁶ However, the Convention does not contain any rules governing its relationship with international law.⁷ Accordingly, the ECtHR, through its case-law, has had to mark out the boundaries of that relationship, which has two aspects:

On the one hand, the Court has laid down an obligation to take account of the provisions of international law in interpreting the Convention. Hence, in its judgment in *Demir and Baykara v. Turkey*, a leading judgment by the Grand Chamber, it found as follows:

*The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.*⁸

On the other hand, the Court has frequently reaffirmed that it is not its task to interpret international law, observing:

The Court reiterates that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law. This also applies where international treaties are

⁴ ECtHR, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, ECHR 2005-VI.

⁵ For a list, see Ziemele 2011, p. 743, pp. 741–758.

⁶ ECtHR, *Golder v. the United Kingdom*, no. 4451/70, 21 February 1975, Series A no. 18.

⁷ See Ziemele 2011, p. 752.

⁸ ECtHR, *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, 12 November 2008.

*concerned; it is for the implementing party to interpret the treaty, and in this respect it is not the Court's task to substitute its own judgment for that of the domestic authorities, even less to settle a dispute between the parties to the treaty as to its correct interpretation. ... The Court's function is to review, from the point of view of the Convention, the reasoning in the decisions of the domestic courts rather than to re-examine their findings as to the particular circumstances of the case or the legal classification of those circumstances under domestic law.*⁹

Unsurprisingly, the Court has extended application of this principle to the legal system of the European Union. In the case *Diallo v. the Czech Republic*,¹⁰ for instance, it held that “[i]t is ... not the Court's task to interpret European Union law”. In that case, two Guinean nationals complained of the fact that the Czech authorities had rejected their asylum applications without considering them on the merits, resulting in the applicants being sent back to Guinea. With regard to the asylum proceedings, the Court noted that the applicants' claim that they would be ill-treated if they were returned to Guinea had not been subjected to close and rigorous scrutiny by the Ministry of the Interior as required by the Convention, or in fact to any scrutiny at all, on the sole ground that they had arrived via Portugal, considered to be a safe third country. While the Court took the view that it was not its task to interpret European Union or domestic law in order to establish whether the Czech Republic or Portugal should have considered the asylum claims, it sufficed for it to note that the applicants had not been expelled to Portugal but to their country of origin, Guinea. Consequently, it held that there had been a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3 of the Convention.

1.2 The ECtHR and the Charter of Fundamental Rights of the European Union

In view of its openness *vis-à-vis* international law, it is hardly surprising that the ECtHR draws equal, if not greater, inspiration from the Charter of Fundamental Rights when called upon to clarify the scope of Convention provisions. Even before it had acquired binding force, the Charter had gradually established itself as an important point of reference for the Court, thereby initiating a process of *rapprochement* with the legal system of the European Union.

As a source of inspiration for the ECtHR, the Charter has proved its worth in several cases, whether in interpreting a provision of the Convention or in providing justification for a departure from previous case-law.

⁹ ECtHR, *Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, § 105, 9 October 2003, ECHR 2003-X.

¹⁰ ECtHR, *Diallo v. the Czech Republic*, no. 20493/07, § 76, 23 June 2011.

1.2.1 Reference to the Charter in Interpreting the Convention

The ECtHR is required on a daily basis to interpret the Convention as a living instrument and to define the scope of the rights it guarantees in the light of present-day conditions. One important case in this regard is *Schalk and Kopf v. Austria*.¹¹ Relying on Article 12 of the Convention, the applicants in that case, a same-sex couple, complained of the authorities' refusal to allow them to marry. Under Article 14 taken in conjunction with Article 8, they further alleged that they had been discriminated against on the basis of their sexual orientation, since they had been denied the right to marry and had no other means of having their relationship recognised by law pending the entry into force of the Registered Partnership Act.

The part of this judgment of interest to the present study concerns the Court's answer to the question whether the right of a "man and woman" to marry under the Convention was applicable in the applicants' case. In that connection the Court observed that it had not hitherto had an opportunity to examine whether two persons of the same sex could claim to have a right to marry, but that certain principles in that regard could be derived from its case-law relating to transsexuals. In reply to the applicants' argument that, in contemporary society, the procreation of children was no longer a decisive element in civil marriage, the Court pointed out that it had held in a previous case that the inability of a couple to conceive or parent a child could not be regarded *per se* as depriving them of the right to marry.¹²

With regard to the Charter of Fundamental Rights, cited by the Austrian Government in their observations, the Court noted that Article 9, which provides for the right to marry, departed from Article 12 of the Convention as it did not limit that right to opposite-sex couples. The Court observed nonetheless that the Charter left it to individual Member States to decide whether to allow same-sex marriage in their legal systems. It stressed that the national authorities were best placed to assess and respond to the needs of society in that regard, as marriage had deep-rooted social and cultural connotations which might differ largely from one society to another. The Court went on to note that there was currently no consensus among the Member States of the Council of Europe on the subject of same-sex marriage. This led it to conclude that Article 12 did not impose an obligation on the Austrian State to make marriage available to same-sex couples like the applicants. However, it added, quite significantly, that in the light of Article 9 of the Charter, it could not be ruled out either that Article 12 of the Convention could apply to same-sex marriage if the latter was recognised in domestic law.

¹¹ ECtHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, 24 June 2010.

¹² ECtHR, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI.

1.2.2 Reference to the Charter in Deciding to Depart from Previous Case-Law

More and more often, when it departs from its previous case-law, the ECtHR invokes the Charter as a point of reference. The first judgment of this kind was delivered on 11 July 2002 in the case *Christine Goodwin v. the United Kingdom*.¹³ Some more recent examples reflecting this approach will be examined below, without any claim to being exhaustive. They relate, respectively, to the applicability of Article 6 of the Convention in its civil aspect, the retrospective application of more lenient provisions of criminal law and freedom of religion.

In 2007 the Court set out to extend the scope of the Convention to disputes concerning employees in the public sector. In the case *Vilho Eskelinen and Others v. Finland*¹⁴ it recalled that, in its judgment in *Pellegrin v. France*, it had sought to put an end to the uncertainty contained in its previous case-law on the subject by introducing a functional criterion based on the nature of the employee's duties and responsibilities. It had ruled then that the only disputes excluded from the scope of Article 6 § 1 were those which concerned public servants whose duties typified the specific activities of the public service in so far as the latter was acting as the depositary of public authority responsible for protecting the general interests of the State or other public authorities; a manifest example of such activities was provided by the armed forces and the police. In its analysis, the Court had sought support in the categories of activities and posts listed by the European Commission and by the CJEU. However, after reviewing the manner in which the functional criterion had been applied, the Court, in *Vilho Eskelinen and Others*, concluded that it had not simplified the analysis of the applicability of Article 6 in proceedings to which a civil servant was a party, or brought about a greater degree of certainty in this area. It considered that the *Pellegrin* judgment should be understood against the background of the Court's previous case-law and as constituting a first step towards partial applicability of Article 6 to the civil service. In that connection the Court highlighted the broad scope of judicial control as laid down by the CJEU¹⁵ and subsequently codified in Article 47 of the Charter.

The Court therefore opted for a new approach. Henceforth, for the respondent State to be able to rely before the Court on the applicant's status as a civil servant in excluding the protection embodied in Article 6, two conditions must be fulfilled. Firstly, the State in its national law must have expressly excluded access to a court for the post or category of staff in question. Secondly, the exclusion has to be justified on objective grounds in the State's interest. The mere fact that the applicant is in a sector or department which participates in the exercise of power conferred by public law is not in itself decisive. In order for the exclusion to be

¹³ See previous reference, n. 12.

¹⁴ ECtHR, *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, 19 April 2007.

¹⁵ CJEC, 15 May 1986, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Case C-222/84.

justified, it is not enough for the State to establish that the civil servant in question participated in the exercise of public power or that there existed, to use the words of the Court in *Pellegrin*, a “special bond of trust and loyalty” between the civil servant and the State, as employer. It is also for the State to show that the subject matter of the dispute in issue is related to the exercise of State power or that it has called into question this special bond. Thus, there can in principle be no justification for the exclusion from the guarantees of Article 6 of ordinary labour disputes, such as those relating to salaries, allowances or similar entitlements, on the basis of the special nature of the relationship between the particular civil servant and the State in question. There will, in effect, be a presumption that Article 6 applies. It will be for the respondent Government to demonstrate, firstly, that a civil-servant applicant does not have a right of access to a court under national law and, secondly, that the exclusion of the rights under Article 6 for the civil servant is justified.

A second category of case which, owing to the influence of the Charter in particular, now falls within the scope of Article 6 of the Convention is that of interim measures. This can be traced back to the judgment in *Micallef v. Malta*¹⁶ (application no. 17056/06, 15 October 2009). In that case the ECtHR began by reiterating that preliminary proceedings, like those concerned with the grant of an interim measure such as an injunction, did not normally fall within the protection of Article 6. However, it noted the widespread consensus amongst Council of Europe Member States in favour of the applicability of Article 6 to interim measures, including injunctions, a consensus reflected in the case-law of the CJEU¹⁷ and in the Charter, Article 47 of which did not confine judicial control to “disputes relating to civil rights and obligations” or to “any criminal charge”. The Court observed that a judge’s decision on an injunction was often tantamount to a decision on the merits of the claim for a substantial period of time, even permanently in exceptional cases. It followed that, frequently, interim and main proceedings decided the same “civil rights or obligations” within the meaning of Article 6 and had the same long-lasting or permanent effects. Accordingly, the Court decided that a change to its case-law was necessary and held that, when the right at stake in both the main and the injunction proceedings was “civil” in nature within the meaning of Article 6, and the interim measure determined the “civil” right in question, Article 6 would be applicable. However, it conceded that in certain cases it might not be possible to comply with all of the requirements of Article 6; nevertheless, those relating to the independence and impartiality of the tribunal or judge were inalienable.

Another case in which the Grand Chamber drew on the Charter was *Scoppola v. Italy (no. 2)*¹⁸ concerning Article 7 of the Convention. After reiterating that the prohibition of the retrospective application of criminal law to the detriment of the

¹⁶ ECtHR, *Micallef v. Malta* [GC], no. 17056/06, 15 October 2009.

¹⁷ CJEC, 21 May 1980, *Denilauler v. Couchet*, Case C-125/79.

¹⁸ ECtHR, *Scoppola v. Italy (no. 2)* [GC], no. 10249/03, 17 September 2009.

accused, enshrined in Article 7 of the Convention, was an essential element of the rule of law and occupied a prominent place in the Convention system, the ECtHR added that it had consistently held that Article 7 did not guarantee the convicted person the right to benefit from the application of a lighter penalty imposed by a law enacted subsequent to the commission of the offence. However, it acknowledged that there had been important developments internationally and, in particular, that the principle of the applicability of the more lenient criminal law was now enshrined in other international instruments, including the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In that connection the Court observed, as in *Christine Goodwin* (see § 100 *in fine*), that it was no doubt deliberate that the wording of Article 49(1) of the Charter differed from that of Article 7 of the Convention in that it stated expressly that “[i]f, subsequent to the commission of a criminal offence, the law provides for a lighter penalty, that penalty shall be applicable”. The Court also noted that, according to the CJEU, this principle formed part of the constitutional traditions common to the Member States of the European Union.¹⁹ The Court therefore concluded that a consensus had gradually emerged in Europe and internationally around the view that application of a criminal law providing for a more lenient penalty, even one enacted after the commission of the offence, had become a fundamental principle of criminal law. In the light of that consensus, the Court considered that it was necessary to depart from its previous case-law and to affirm that Article 7 § 1 of the Convention guaranteed not only the principle of “non-retrospectiveness” of more stringent criminal laws but also, implicitly, the principle of retrospectiveness of the more lenient criminal law.

Lastly, the Charter has been taken as a reference text by the ECtHR in the sphere of religious freedom, in its judgment in *Bayatyan v. Armenia*.²⁰ The case concerned the conviction in 2003 of a conscientious objector—a Jehovah’s Witness—who had refused to perform his military service. He was taken into custody despite the undertaking given by Armenia, when it became a member of the Council of Europe on 25 January 2001, to introduce a form of civilian service as an alternative to compulsory military service within 3 years and to pardon all conscientious objectors sentenced to prison terms. In line with the settled case-law of the European Commission of Human Rights, a Chamber of the Court held, in a judgment of 27 October 2009, that Article 9 was to be interpreted in the light of Article 4 § 3 (b) (prohibition of slavery and forced labour), which left a choice to the High Contracting Parties to the Convention as to whether or not to recognise conscientious objectors. The Chamber thus concluded that Article 9 did not guarantee the right to refuse to perform military service for reasons of conscience and was therefore not applicable. The Grand Chamber, for its part, observed that at the relevant time, the overwhelming majority of Council of Europe Member States had already recognised in their law and practice the right to conscientious

¹⁹ CJEC, 3 May 2005, *Berlusconi and Others*, joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02.

²⁰ ECtHR, *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, 7 July 2011.

objection. Hence, the domestic law of the Member States had evolved to the effect that at the material time there was already a virtually general consensus on the question in Europe and beyond. Furthermore, since 1993, the United Nations Commission on Human Rights had also considered that a right to conscientious objection could be derived from the International Covenant on Civil and Political Rights. But the Grand Chamber also sought support in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, stressing that the latter had been binding since 2009, and finding as follows: “While the first paragraph of Article 10 of the Charter reproduces Article 9 § 1 of the Convention almost literally, its second paragraph explicitly states that ‘[t]he right to conscientious objection is recognised, in accordance with the national laws governing the exercise of this right’ ... Such explicit addition is no doubt deliberate ... and reflects the unanimous recognition of the right to conscientious objection by the Member States of the European Union, as well as the weight attached to that right in modern European society”. The Grand Chamber therefore concluded that Article 9 should no longer be interpreted in the light of Article 4 § 3 (b) and that opposition to military service, where it was motivated by a serious and insurmountable conflict between the obligation to serve in the army and a person’s conscience or his deeply and genuinely held religious or other beliefs, should henceforth be considered to constitute a conviction or belief of sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance to attract the guarantees of Article 9.

2 Enrichment of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

Since the adoption of the Charter, its provisions have proved a real source of inspiration not just for the ECtHR, but first and foremost for the CJEU, to which the European Union entrusted the task of interpreting and validating European Union law. Its entry into force on 1 December 2009 as an instrument of primary law will undoubtedly reinforce that role. However, the Charter too is an instrument which is open to outside influence, particularly from the Convention, as testified by the principle of homogeneity, which will be examined briefly below.

2.1 The Principle of Homogeneity Enshrined in Article 52(3) of the Charter

It is no exaggeration to say that the European Convention on Human Rights has contributed extensively to the definition and development of fundamental rights as general principles of law in the legal system of the European Union. It has acquired a special status among human rights instruments, being cited as an

“official” source of fundamental rights in Article 6(2) of the Maastricht Treaty and now in Article 6(3) of the Treaty on European Union. Thus, the development of fundamental rights has been based not just on the Convention but also on the case-law of the ECtHR, to both of which the CJEU has made extensive reference. This first phase of judicial dialogue has been followed by another, more “normative” phase in the relationship between the Convention and the Charter, the two European instruments for the protection of fundamental rights. Article 52(3) of the Charter articulates the principle of homogeneity between the two texts and sets the Convention as the minimum standard for fundamental rights in the legal system of the European Union. It specifies that, in so far as the Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the Convention. However, this provision does not prevent Union law from providing more extensive protection. Article 52(3) stems quite simply from the need to ensure consistency between the two instruments, which in turn is justified by a concern not to impose a catalogue of rights on the Member States whose meaning and scope are liable to differ depending on the system in which they are relied upon.

In normative terms it should be observed that the wording of certain rights in the Charter does not fully correspond to that of the rights laid down in the Convention, and that some rights do not have an equivalent. In this regard, the explanations relating to the Charter are a very useful tool. Adopted initially under the responsibility of the Praesidium of the Convention that drew up the Charter of Fundamental Rights, they were updated under the responsibility of the Praesidium of the Convention that prepared the draft European Constitution, in the light of the amendments made by that Convention to the text of the Charter, and in particular to Articles 51 and 52, and of the evolution of European Union law. The result is that any normative change that may be made to the European Convention on Human Rights will have an impact on the meaning and scope of the rights provided for by the Charter, thereby contributing to the enrichment of the latter.

From a case-law perspective, the issue that gave rise to debate among legal commentators concerned the impact of the ECtHR’s case-law with regard to the application of Article 52(3). It should be pointed out in that connection that, according to the explanations drawn up to provide guidance concerning the interpretation of that provision, the meaning and scope of the rights guaranteed are determined not only by the text of the Convention, but also by the case-law of the ECtHR. Furthermore, the Preamble to the Charter refers to the ECtHR’s case-law as one of its sources. However, Article 52(7) of the Charter states that those explanations must be “given due regard” by the courts of the Union and of the Member States; this, according to some commentators, does not suffice to make the Court’s case-law binding.²¹ Either way, looking beyond the debates in the legal

²¹ Lock 2009, p. 384, pp. 375–398.

literature, the CJEU seems—rightly—determined to take Strasbourg case-law into consideration,²² continuing to refer to it in a systematic manner.

2.2 Recent Application of the Principle of Homogeneity by the CJEU

Soon after the Charter had acquired the same value as the treaties, the CJEU embarked on a remarkable process of interpreting and applying its provisions.²³ Since December 2009 the Charter has been cited in several dozen cases, in a variety of contexts.²⁴

2.2.1 Corresponding Content of Rights

The first judgment in which the CJEU set out to explicitly apply and clarify the scope of the rule laid down in Article 52(3) of the Charter was in *McB. v. L.E.*,²⁵ in October 2010. Following an appeal lodged by Mr McB., the Irish Supreme Court requested a preliminary ruling from the CJEU as to whether a Regulation,²⁶ when considered in the light of Article 7 of the Charter protecting the right to respect for private and family life, precluded a Member State from providing by its law that the acquisition of rights of custody by a child's father—where he was not married to the child's mother—was dependent on the father's first obtaining a favourable custody judgment from a competent national court. In its judgment, the CJEU, ruling under the urgent procedure, observed that the Regulation in question did not determine which person should have such rights of custody as might render a child's removal wrongful, but referred the question of who had such rights of custody to the law of the Member State where the child was habitually resident immediately before its removal. Accordingly, it was the law of that Member State which determined the conditions under which the natural father acquired rights of custody in respect of his child, and which could provide that his acquisition of such rights was dependent on his obtaining a judgment from the competent national court awarding such rights to him. The Regulation was therefore to be interpreted as meaning that whether a child's removal was wrongful for the purposes of applying that Regulation was entirely dependent on the existence of rights of

²² Skouris 2009, p. 53, pp. 37–56.

²³ Benoît-Rohmer 2011, p. 160, pp. 145–172.

²⁴ Rosas and Kaila 2011, p. 9.

²⁵ CJEU, 5 October 2010, *McB. v. L.E.*, Case C-400/10 PPU.

²⁶ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (OJ L 338, p. 1).

custody, conferred by the relevant national law, in breach of which that removal had taken place.

The CJEU went on to observe that this interpretation was compatible with the Charter, and in particular with Article 7 (on respect for private and family life) and Article 24 (on the rights of the child). The CJEU reiterated the wording of Article 52(3) of the Charter, stressing that, in so far as the rights contained in the Charter corresponded to rights guaranteed by the Convention, their meaning and scope were the same as under the Convention. In the case under consideration the CJEU concluded that, since the content of Article 7 of the Charter and Article 8 of the Convention was identical, the rights conferred by Article 7 of the Charter had to be given the same meaning and the same scope as those conferred by Article 8 of the Convention, as interpreted in the case-law of the ECtHR. This ruling traced the first outlines, in terms of method, of the CJEU's application of the Charter while at the same time providing important clarification of the role that Strasbourg case-law would play in its assessment. In this context, the CJEU took note of the rulings of the Strasbourg Court in the matter,²⁷ before concluding that the impugned Regulation did not preclude a Member State from providing by its law that the acquisition of rights of custody by a child's father, where he was not married to the child's mother, was dependent on the father's obtaining a court judgment.

One month later, the CJEU again applied Article 52(3) of the Charter, this time in its judgment in *Volker und Markus Schecke*.²⁸ This case concerned the European Union rules regarding the publication of information on the beneficiaries of aid from the European agricultural funds. The CJEU reproduced the reasoning it had adopted in *McB*. and, after reiterating the principle laid down by Article 52(3) of the Charter and the relevant case-law of the ECtHR,²⁹ observed, firstly, that the right to respect for private life with regard to the processing of personal data, recognised by the Charter, concerned any information relating to an identified or identifiable individual. Secondly, it noted that the limitations which could lawfully be imposed on the right to the protection of personal data corresponded to those tolerated in relation to the Convention. The CJEU further observed that, because the information became available to third parties, publication on a website of data naming the beneficiaries of aid from the European agricultural funds and indicating the precise amounts received by them constituted interference with their right to respect for their private life in general and to the protection of their personal data in particular. The CJEU went on to find that while, in a democratic

²⁷ ECtHR, *Guichard v. France* (dec.), no. 56838/00, 2 September 2003; *Balbontin v. the United Kingdom* (dec.), no. 39067/97, 14 September 1999; and *Zaunegger v. Germany*, no. 22028/04, 3 December 2009.

²⁸ CJEU, 9 November 2010, *Volker und Markus Schecke and Eifert*, joined Cases C-92/09 and C-93/09.

²⁹ ECtHR, *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, 16 February 2000; *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, 4 May 2000; and *Gillow v. the United Kingdom*, no. 9063/80, 24 November 1986.

society, taxpayers had a right to be kept informed of the use of public funds, the fact remained that striking a proper balance between the various interests involved made it necessary for the institutions, before adopting the impugned provisions, to ascertain whether publication via a single freely consultable website in each Member State of data by name relating to all the beneficiaries concerned and the precise amounts received by each of them from the Funds—with no distinction being drawn according to the duration, frequency or nature and amount of the aid received—did not go beyond what was necessary for achieving the legitimate aims pursued. There was nothing to show that the Council and the Commission had sought to strike such a balance in relation to the beneficiaries of the aid in question. Accordingly, the CJEU declared Articles 42(8b) and 44a of Council Regulation (EC) No 1290/2005 of 21 June 2005 on the financing of the common agricultural policy to be invalid.

2.2.2 Enhanced Protection by the Charter?

Two other very recent cases have provided the CJEU with an opportunity to rule on the possibility for EU law to provide more extensive protection of fundamental rights in accordance with Article 52(3). The joined cases *N.S.* and *M.E.*³⁰ concerned six Afghan, Iranian and Algerian nationals, with no connections between them, who entered European Union territory through Greece before travelling to the United Kingdom and Ireland. The cases related to the common policy on asylum and, in particular, the application of the “Dublin II” Regulation³¹ laying down the criteria for determining the Member State responsible for examining an application for asylum lodged in one of the Member States of the Union. In these cases the Court of Appeal of England and Wales (United Kingdom) and the High Court (Ireland) requested a ruling on the merits from the CJEU as to whether—in view of the saturation of the Greek asylum system and its effects on the treatment of asylum seekers and on the examination of their applications—the authorities of a Member State intending to transfer asylum seekers to Greece (the State responsible for examining the application under the Regulation) must first satisfy themselves that the State in question would actually observe the claimants’ fundamental rights.

In its judgment the CJEU pointed out, firstly, that the Common European Asylum System had been conceived in a context making it possible to assume that all the participating States observed fundamental rights, and that the Member States could have confidence in each other in that regard. It was precisely because

³⁰ CJEU, 21 December 2011, *N.S. v. Secretary of State for the Home Department and M.E. and Others v. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, joined Cases C-411/10 and C-493/10.

³¹ Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national (OJ L 50, p. 1).

of that principle of mutual confidence that the European Union legislature had adopted the “Dublin II” Regulation, the principal objective of which was to speed up the handling of claims in the interests both of asylum seekers and of the participating Member States. On the basis of that principle, the CJEU examined whether the national authorities who had to transfer an asylum seeker to the State responsible for examining the asylum claim under the Regulation should first examine whether the claimant’s fundamental rights would be complied with in that country. The CJEU observed that minor infringements of the rules governing asylum were not sufficient to prevent the transfer of an asylum seeker to the Member State normally responsible, as this would deprive States’ obligations under the Common European Asylum System of their substance and endanger the realisation of the objective of quickly designating the Member State responsible. Nevertheless, the CJEU considered that European Union law precluded the application of a conclusive presumption that the Member State designated under the Regulation as responsible observed the fundamental rights of the European Union. Member States, including the national courts, must not transfer an asylum seeker to the Member State responsible where they could not be unaware that systemic deficiencies in the asylum procedure and in the reception conditions of asylum seekers amounted to substantial grounds for believing that the asylum seeker would face a real risk of being subjected to inhuman or degrading treatment within the meaning of Article 4 of the Charter. The CJEU considered that the Member States had at their disposal a number of instruments enabling them to assess compliance with fundamental rights and, hence, the risks which the asylum seeker would actually face were he to be transferred to the Member State responsible. To that end, it pointed to the case-law of the ECtHR concerning Article 3 of the Convention. The Strasbourg Court, in a similar case (*M.S.S. v. Belgium and Greece*³²) had identified numerous sources bearing witness to deficiencies in the asylum procedure in Greece, which meant that the risks facing the applicant were sufficiently established.

Interestingly, one of the questions referred by the national court related to the issue whether the protection conferred by Articles 1, 18 and 47 of the Charter on asylum seekers transferred to another Member State under the Dublin II Regulation was wider than that conferred by Article 3 of the Convention. In reality, neither the CJEU nor Advocate General Trstenjak answered this question directly. The former took the view that the Articles in question did not lead to a different answer than that given to the previous questions. However, Advocate General Trstenjak very aptly observed that “[b]ecause the protection granted by the ECHR is constantly developing in the light of its interpretation by the European Court of Human Rights, ... the reference to the ECHR contained in Article 52(3) of the Charter of Fundamental Rights is to be construed as an essentially dynamic reference which, in principle, covers the case-law of the European Court of Human Rights”.

³² ECtHR, *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, 21 January 2011.

In any event, it is noteworthy that, when it comes to asylum-related cases and application of the Dublin II Regulation, and pending a legislative response to the problem of saturation of the system for processing asylum claims in one of the Member States, the two European Courts have engaged in effective cooperation, thus offering a judicial solution to issues concerning solidarity between Member States.

* * *

This brief survey of the case-law demonstrates clearly that a process of mutual enrichment is under way between the Convention and the Charter, thanks to the dialogue and cooperation between the two European Courts. The Declaration on Article 6(2) of the Treaty on European Union annexed to the Treaty of Lisbon calls on the two Courts to continue and reinforce that dialogue. That call appears to have been heard.

Nevertheless the question arises as to the extent to which the cross fertilisation between the two courts will continue in the future. To what extent will the CJEU be prepared in future to follow the case-law of the Court and to what extent will the ECtHR be prepared to depart from a literal interpretation of Convention provisions to make room for more developed provisions of the Charter and more progressive interpretations of its provisions by the CJEU? The future will tell. However the cases referred to above reflect a dynamic of influence that is clearly perceived by both institutions. Both are also aware that accession of the EU to the Convention, when it comes about, will add a new dimension to this process of mutual enrichment where the two courts will be concerned to build on the promising legacy that they have both inherited.

References

- Benoît-Rohmer F (2011) L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. *Revue trimestrielle de droit européen* 1/2011:145–172
- Cassia P, von Coester S (2012) L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national. *La semaine juridique* 10/2012:503–509
- Lock T (2009) The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 8/2009:375–398
- Rosas A, Kaila H (2011) L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan. *Il Diritto dell'Unione europea* 1/2011:9
- Skouris V (2009) Speech given at the seminar organised by the European Court of Human Rights to mark its fiftieth anniversary. *Dialogue between judges*, Council of Europe
- Ziemele I (2011) Other rules of international law and the European Court of Human Rights: a question of a simple collateral benefit? In: *The European convention on human rights, a living instrument (liber amicorum Christos Rozakis)*. Bruylant, Brussels

The EFTA Court and Court of Justice of the European Union: Coming in Parts But Winning Together

Carl Baudenbacher

Abstract “Homogeneity is the magic formula of the EEA Agreement. EU and EEA law, two separate legal orders, are essentially identical in substance and they must develop in a homogeneous way. The EEA single market can only function undistortedly if there is a level playing field for operators. Competition must be led by economic, not by regulatory advantage. On a judicial level, ensuring homogeneity is a challenging task to be fulfilled by the two EEA courts, the ECJ and the EFTA Court. The EFTA Court’s task was not facilitated by those passages in Opinion 1/91 which doubted the possibility to guarantee judicial homogeneity. But once it became clear that the EFTA Court was serious about this, its large sister court changed gear and opened what over the years became a fruitful dialogue. Three aspects of homogeneity have been carved out: Substantive, effect-related and—only recently—procedural. Twenty years after signing the EEA Agreement there can be no doubt that substantive homogeneity has been preserved. Homogeneity to a large extent has also been safeguarded with regard to effect, primacy and state liability. The potential of the new concept of procedural homogeneity has yet to be defined.”

What the Court of Justice of the European Union has accomplished in the past six decades is truly impressive. Not only has the ECJ developed from an intergovernmental institution into the constitutional court of the European Union, it has also become a role model for international courts, whether regional or global, across the world. It happens that the ECJ’s sixtieth birthday coincides with the

President of the EFTA Court.

C. Baudenbacher (✉)
EFTA Court, Luxembourg, Luxembourg
e-mail: carl.baudenbacher@eftacourt.int

twentieth anniversary of the signing of the EEA Agreement which led to the establishment of the EFTA Court.¹ The EFTA Court is the only other European court which has been accepted by the ECJ.² I am happy to follow the *Festschrift* editors' suggestion to write a contribution on the relationship between the two EEA courts: the ECJ and the EFTA Court.

1 The Establishment of the EFTA Court

The Agreement on the European Economic Area (EEA) is made up of two pillars. It aims to extend the EU single market law to the EFTA States with the exception of *certain common policies*, such as agriculture, fisheries, taxation and foreign trade. The material law in both pillars concerning the general prohibition against discrimination, the fundamental freedoms, large parts of harmonised law and competition law as well as State aid control, is essentially identical in substance. Compliance of the EFTA States with their obligations under the EEA Agreement is monitored by the EFTA Surveillance Authority which plays the same role, in that regard, as the European Commission in the EU pillar. Judicial control lies in the hands of the EFTA Court which is the counterpart of the ECJ (Article 108 EEA).

The EFTA Court had a difficult birth. Its parents, the EEA Contracting Parties, had planned to bring another child into the world, an EEA Court. The EEA Court would have consisted of five judges from the ECJ and three from the EFTA States. This, they thought, would constitute a structural guarantee that the case-law in both EEA pillars would develop in a homogeneous way. However, the ECJ in Opinion 1/91 found that such a combined court, which would have had the competence to interpret law essentially identical in substance to EU law, was not compatible with the *autonomy of EU law* and the position of the ECJ as its supreme and ultimate interpreter.³ The negotiators subsequently agreed on the establishment of an EFTA Court without any structural links with the ECJ. This Court was designed to consist of seven judges from the then seven EFTA States. It obtained the ECJ's blessing in Opinion 1/92.⁴ The problem was, however, that there were no more structural links and that judicial homogeneity had to be secured by behavioural rules. Seen from today's perspective, rejecting the EEA Court was the right thing to do. However, it will be argued that the ECJ in Opinion 1/91 may have overshot the mark.

¹ See also the statement of the first president of the EFTA Surveillance Authority, *Knut Almestad*, at the inaugural session of the EFTA Court on 4 January 1994 in Geneva [1994–1995] EFTA Court Report, 177.

² Opinion 1/92 [1992] ECR I-2821.

³ ECJ Opinion 1/91 on a draft agreement relating to the creation of the European Economic Area, [1991] ECR I-6079; see Hummer 1992, pp. 33 ff.; Brandtner 1992, pp. 300 ff.

⁴ *Supra*, fn. 2.

The EFTA Court also had a *complicated youth*. Before taking up its functions, it lost its prospective member from Switzerland following a negative referendum there on 6 December 1992. Liechtenstein, whose people had approved the EEA on 13 December 1992, postponed ratification and decided to first re-negotiate its customs union agreement with Switzerland. On 1 January 1994, the EEA Agreement entered into force with the EU and its then twelve Member States and five EFTA States (Austria, Finland, Iceland, Norway and Sweden) as Contracting Parties. The EFTA Court took up its functions with five judges nominated by those five countries. Its seat was the old EFTA capital: Geneva. But only a year-and-a-half after having taken the oath of office the judges from Austria, Finland and Sweden were forced to resign on 30 June 1995, due to their countries' accession to the European Union. Since Liechtenstein had joined the EFTA pillar of the EEA on 1 May 1995, the Court has, since mid-1995, consisted of three judges (and six ad hoc judges). On 1 September 1996, the EFTA Court's seat moved to Luxembourg.

2 The Overall Goal of the EEA Agreement: Securing Homogeneity

2.1 Preliminary Remarks

Since 1995, as the EU pillar has grown from 15 to 27 (and soon 28) Member States, so has the number of judges on the ECJ bench. In addition, there are eight

Advocates General. The EFTA pillar and the size of the EFTA Court have remained unchanged. And yet, the EFTA Court has remained an independent court of law with its own voice.

The EEA has created a market. The protagonists of any market are those who create wealth, manufacturers, workers, dealers, investors and consumers. The EEA single market can only function in an undistorted manner if there is a *level playing field* for these operators. Competition must be led by economic, not regulatory, advantage. Although EU and EEA law constitute two separate legal orders, they must essentially be identical in substance and they must develop in a homogeneous way. Hence, homogeneity is the magic formula of the EEA Agreement.

2.2 Legislative Homogeneity

As far as legislative homogeneity is concerned, the legal difficulties are limited. If the EU plans to enact new EEA relevant legislation, the EEA/EFTA States have a co-determination right, and once the new law has entered into force, the *EEA Joint Committee* which is made up of representatives of the Contracting Parties (i.e. the

EEA/EFTA States, the EU Member States and the European Commission; Article 93(1) EEA) has to incorporate it into the EEA Agreement (Articles 97 ff. EEA). Depending on whether the subject at issue concerns a competence of the Union, or of the Member States within the EU, either the Commission or the EU Member States will speak for the Union. Decisions to incorporate new Community legislation into the EEA Agreement are taken ‘*by agreement*’ between the Community side, on the one hand, and the EFTA States speaking with one voice on the other (Article 93(2) EEA). The EFTA States coordinate their positions in a Standing Committee whose decisions are reached by unanimous vote.⁵

Thus, in all relevant cases each EEA/EFTA State has a veto right as it may prevent the EFTA side from taking a common position, and thus inhibit the Community and the EFTA side from making a decision ‘*by agreement*’. The EFTA Court held in Case E-6/01 *CIBA v Norwegian State* that such a decision “may constitute a simplified form of an international agreement between the Community and its Member States on the one hand, and the EFTA States party to the EEA Agreement on the other....”⁶ *Dis-agreement* relating to the amendment of the Agreement may ultimately lead to the suspension of the affected part of the Agreement (Article 102[5] EEA). This threat has, in the past, been sufficient to deter all parties from engaging in any conflict concerning the implementation of new EU *acquis*. The EEA Joint Committee has no competence to change the main part of the EEA Agreement no matter whether the TFEU or the text of reference for the EEA Agreement has been amended. The only institutions which may —by way of case-law— ‘amend’ the main part of the EEA Agreement are the EEA Courts: the ECJ, the General Court and the EFTA Court. To give an example, the EFTA Court stated in Case E-10/05 *Piazza* that the homogeneity principle also applies when the question of *justification* of restrictions on the free movement of capital arises. Although the EEA Agreement does not contain a provision mirroring Article 65 TFEU (ex Article 58 EC), the Court held that national rules restricting the free movement of capital in the EEA may be justified on grounds such as those stipulated in Article 58 EC or on considerations of overriding public interest.⁷

2.3 Judicial Homogeneity

Securing homogeneity on the judicial level is more challenging. The EFTA Court, which operates under very similar rules of procedure as its sister court, is bound by special homogeneity provisions to *follow* “relevant” ECJ case-law rendered before 2 May 1992, the date of signature of the EEA Agreement (Article 6 EEA) and to *take into due account* new “relevant” ECJ case-law (Article 3(2) Agreement between the

⁵ Article 6[2] of the Agreement on a Standing Committee of the EFTA States.

⁶ [2002] EFTA Court Report 283, at para 33; see also Case E-3/11 *Sigmarsson*, [2001] EFTA Court Report, 429, para 28.

⁷ Case E-10/04, [2005] EFTA Court Report, 76, para 39.

EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice (SCA)). In the EFTA Court's practice, the politically important distinction between old and new case-law has largely been qualified. Homogeneity provisions of this kind were agreed upon for the first time under the 1988 Lugano Convention,⁸ but were alien to the 1972 Free Trade Agreements between the EEC and the EFTA States.⁹ However, case-law cannot be taken over as easily as directives or regulations. It is linked to the specific facts and circumstances of the case. The legal nature of the EEA Agreement is similar to that of the EU treaties, but there are certain differences. In Cases E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* and E-2/03 *Ásgeirsson* the EFTA Court held that the EEA Agreement is a public *international law treaty sui generis*, which has created a distinct legal order of its own that is characterised by the making of an internal market, the protection of the rights of individuals and economic operators, and an institutional framework providing for effective surveillance and judicial review. The depth of integration of the EEA Agreement is less far-reaching than under the EC Treaty, but the scope and the objective of the EEA Agreement go beyond what is usual for an agreement under public international law.¹⁰

2.4 EFTA Court Going First

In reality, the homogeneity rules contained in Articles 6 EEA and 3(2) SCA are often not decisive since in the majority of its cases the EFTA Court has to deal with novel legal questions. The first version of the EEA Agreement contained a provision (Article 104(1)) which obliged the ECJ to pay due account to EEA Court case-law. In Opinion 1/91, the ECJ declared such an obligation incompatible with Community law.¹¹ The objectives of the EEA and its Article 6 EEA nonetheless imply that the homogeneity principle also addresses the ECJ. Thus, ECJ President *Vassilios Skouris* said at the conference marking the tenth anniversary of the EFTA Court that "ignoring EFTA Court precedents would simply be incompatible with the overriding objective of the EEA agreement which is homogeneity".¹² In fact, the *ECJ*, its *Advocates General* and the *General Court* have, from the beginning, made reference to EFTA Court case-law.¹³ Examples are to be found in the areas

⁸ See Kohler 2007, pp. 141 ff.

⁹ However, such provisions are contained in Article 16 of the sectoral agreement between the European Community and its Member States on the one part and the Swiss Confederation on the other on the free movement of persons (OJ 2002 L 114/6) and in Article 1(2) of the sectoral agreement between the European Community and the Swiss Confederation on Air Transport, (O.J. 2002 L 114/73).

¹⁰ [1998] EFTA Court Report, 95, at para 59; and E-2/03 [2003] EFTA Court Report 185, at para 28.

¹¹ Loc. cit. n. 3 supra, para 53. But see Protocol 2 to the 2007 Lugano Convention.

¹² Skouris 2005.

¹³ See Baudenbacher 2010a, pp. 74 ff, 2008, pp. 90 ff.; Magnússon 2011, pp. 507, 532f.

of TV without frontiers, transfer of undertakings, State alcohol, tobacco and gambling monopolies, EEA state liability, the precautionary principle in food law, automobile liability, repackaging of pharmaceuticals under trademark law, taxation of dividends, or the legal nature of a website.¹⁴ EU Member State Governments are, therefore, frequently represented before the EFTA Court. *Martin Johansson*, who as a former legal secretary of the EFTA Court, the General Court and the ECJ is one of the foremost experts of EEA law and practice, has rightly stated that this influence occurs both *explicitly* and *implicitly*.¹⁵ It is natural that the EFTA Court prefers an open dialogue over a muted dialogue.

One also must not overlook the fact that national high courts of EU States such as the German Supreme Court, the German Supreme Fiscal Court, the Austrian Supreme Court, and the England and Wales Court of Appeal have referred to the EFTA Court's case-law.¹⁶ Occasionally, national courts of EU States have felt prompted to refer questions to the ECJ in light of a certain judgment of the EFTA Court.¹⁷

3 The Different Aspects of Homogeneity

The EFTA Court has carved out three aspects of homogeneity: substantive, effect-related and procedural. As far as substantive and effect-related homogeneity are concerned, the Court had to overcome obstacles that had, at least indirectly, been put up by the soundtrack to the ECJ's Opinion 1/91.

3.1 Substantive Homogeneity

With regard to the homogeneous interpretation of substantive law in the EEA, the situation seemed to be rather clear from the beginning. The Preamble to the Agreement defines as its *objective* "the establishment of a dynamic and homogeneous European Economic Area, based on common rules and equal conditions of competition and providing for the adequate means of enforcement including at

¹⁴ See Baudenbacher 2012b.

¹⁵ The two EEA Courts—Sisters in arms 2012.

¹⁶ See, e.g., German Supreme Court, judgment of 19 September 2005—II ZR 372/03, p. 6; judgment of 14 June 2007—I ZR 173/04 *STILNOX*, para 23; judgment of 13 December 2007—I ZR 89/05 *Micardis*, para 17; judgment of 24 April 2008—I ZR 30/05 *Lefax/Lefaxin*, para 22; German Supreme Fiscal Court, judgment of 9 August 2006—I R 31/01; judgment of 29 April 2010—I ZR 66/08; decision of the German Supreme Financial Court to request a preliminary ruling from the CJEU I R 56/05 of 9.5.2007; Austrian Supreme Court, 9 ObA 193/98t of 7 October 1998, DRdA 1998, 269; England and Wales Court of Appeal, *Adams v Lancashire County Council and BET Catering Services Ltd* [1997] ICR 834, [1997] IRLR 436; *Boehringer Ingelheim v Swingward* [2004] EWCA Civ 129.

¹⁷ See Cases C-348/04 *Boehringer Ingelheim II* [2007] ECR I-3391; C-379/05 *Amurta* [2007] ECR I-9569; C-284/06 *Burda* [2008] ECR I-4571.

the judicial level, and achieved on the basis of equality and reciprocity and of an overall balance of benefits, rights and obligations for the Contracting Parties” (Recital 4) and, “in full deference to the independence of the courts, [...] to arrive at, and maintain, a uniform interpretation and application of this Agreement and those provisions of Community legislation which are substantially reproduced in this Agreement and to arrive at an equal treatment of individuals and economic operators as regards the four freedoms and the conditions of competition” (Recital 15). However, after the downsizing of the EFTA pillar to three States, EEA/EFTA State Governments have claimed on many occasions that, due to alleged differences of goals and context between EEA and EU law, the substantive rules of the EEA Agreement, such as on the fundamental freedoms, need to be interpreted in a more *State friendly* way than in the EU pillar of the EEA.¹⁸

We have also heard arguments to the effect that EEA law contains more, and broader, justification grounds for restrictions than EU law, and that it contains a *de minimis* rule in the field of fundamental freedoms. Occasionally, the EFTA Court was even invited to deviate from established ECJ case-law.¹⁹ The Governments regularly referred to the prognosis in para 29 of Opinion 1/91 that “the divergences which exist between the aims and the context of the [sc. EEA] agreement on the one hand, and the aims and context of Community law, on the other, stand in the way of the achievement of the objective of homogeneity in the interpretation and application of the law in the EEA”.²⁰ The EFTA Court has firmly rejected these arguments. In Case E-2/06 *EFTA Surveillance Authority v Norway* (“Norwegian Waterfalls”), the Court held that “[t]he principle of homogeneity enshrined in the EEA Agreement leads to a *presumption* that provisions framed identically in the EEA Agreement and the EC Treaty [now TEU/TFEU] are to be construed in the same way”.²¹ Governments have also argued that matters of *taxation* fall out of the scope of the EEA Agreement.²² This contention too was unsuccessful. According to settled case-law, the tax systems of the EEA/EFTA States are not, as a rule, covered by the EEA Agreement. However, they may have consequences that bring them within the *scope of application* of provisions of the EEA Main Agreement such as those concerning the fundamental freedoms and State aid.²³

¹⁸ See, e.g., Cases E-3/98 *Rainford Towing* [1998] EFTA Court Report, 205, para 15; E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland* (Air passenger tax) [2003] EFTA Court Report, 143, para 21; E-2/06 *EFTA Surveillance Authority v Norway* (Waterfalls) [2007] EFTA Court Report, 164, para 41.

¹⁹ See Baudenbacher 2006, pp. 23, 30 ff.

²⁰ See Baudenbacher 2007, pp. 79 ff., 85 ff.

²¹ E-2/06 *EFTA Surveillance Authority v Norway* (Waterfalls) [2007] EFTA Court Report, 164, para 59, emphasis added.

²² See, e.g., E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland* [2003] EFTA Court Report, 143, para 4.

²³ See, e.g., Cases E-6/98 *Norway v EFTA Surveillance Authority* [1999] EFTA Ct. Rep. 74, para 34; E-1/01 *Hörður Einarsson* [2002] EFTA Ct. Rep. 1, para 17; E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland* [2003] EFTA Ct. Rep. 143, para 26; E-1/04 *Fokus Bank ASA*, 2004 EFTA Court Report, 11, para 20.

Once the EEA Court was eliminated and it had become clear that the EFTA Court (unlike certain EFTA State supreme courts under the 1972 Free Trade Agreements²⁴) was serious about securing homogeneity, the ECJ gave considerable support. It did so, in particular, by *following EFTA Court case-law* in a number of cases.²⁵ The General Court opened the dialogue with the EFTA Court in its judgment of 22 January 1997 in Case T-115/94 *Opel Austria*.²⁶ It also emphasised in that ruling that “the EEA Agreement involves a high degree of integration, with objectives which exceed those of a mere free-trade agreement”²⁷ and that “by establishing an EFTA Surveillance Authority and an EFTA Court with powers and jurisdiction similar to those of the Commission and the Court of Justice, a two-pillar system has been created in which the EFTA Surveillance Authority and the EFTA Court monitor the application of the Agreement on the part of the EFTA States, while the Commission, the Court of Justice and the Court of First Instance do so on the part of the Community. That system is reinforced by a large number of factors intended to make sure that it is homogeneous.”²⁸ In Case C-452/01 *Margarethe Ospelt*, the ECJ held that one of the principal aims of the EEA Agreement is “to provide for the fullest possible realisation of the free movement of goods, persons, services and capital within the whole European Economic Area, so that the internal market established within the European Union is extended to the EFTA States. From that angle, several provisions of the abovementioned Agreement are intended to ensure as uniform an interpretation as possible thereof throughout the EEA”.²⁹ This was a very *different tone* from that found in Opinion 1/91, and, moreover, the ECJ referred to its EEA-friendly Opinion 1/92.³⁰ In Case C-268/02 *Bellio Fratelli*, the ECJ quoted its *Ospelt* judgment and the EFTA Court’s judgment in the *Icelandic air passenger tax* case and held that “both the Court and the EFTA Court have recognised the need to ensure that the rules of the EEA Agreement which are identical in substance to those of the Treaty are interpreted uniformly”.³¹

One should not forget in this context that one of the advantages of the EEA Agreement is that the ECJ’s *Polydor* case-law does not apply. In *Polydor*, the ECJ held, on 9 February 1982, that the considerations which led to a certain interpretation

²⁴ See Swiss Federal Tribunal ATF 104 IV 175 *Stanley Adams*, consideration 2. c; ATF 105 II 49 *Omo*, Consideration 3. b.; Austrian Supreme Court ÖBl 1980, 25 *Austro-Mechana*.

²⁵ *Supra*, II. 4.

²⁶ See the references to EFTA Court E-1/94 *Restamark* [1994–1995] EFTA Court Report, 15, and E-2/94 *Scottish Salmon Growers* [1994–1995] EFTA Court Report, 59, in ECR 1998, II-2739, paras 61 and 108.

²⁷ Para 107.

²⁸ Para 108.

²⁹ [2003] ECR, I-9743, para 29.

³⁰ [1992] ECR I-2821.

³¹ [2004] ECR, I-3465, para 34, with reference to *Ospelt*, para 29, and Case E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland* [2003] EFTA Court Report, 143, para 27.

of EU law articles on the free movement of goods do not apply to the mirroring provisions of a bilateral Free Trade Agreement with an EFTA State due to differences in *purpose* and *context* and the lack of instruments which the European Union has at its disposal in order to achieve the uniform application of its law.³² It goes without saying that substantive homogeneity, which is secured by institutions, is a precondition for the non-application of *Polydor*.³³ It may be added that *Polydor* does apply to the *EU-Switzerland* Free Movement of Persons Agreement.³⁴ Certain discrimination is therefore possible under that agreement which would be unlawful under both the TFEU and the EEA Agreement. The ECJ's statements that Switzerland had rejected the EEA Agreement, which would have been open for the same interpretation, indicates that it took offence that there is no surveillance and court mechanism under the Free Movement of Persons Agreement.³⁵

3.2 Effect-Related Homogeneity

Polydor is generally seen as the ECJ's answer to the Swiss Federal Supreme Court's *Omo* ruling of 25 January 1979.³⁶ In that case, the Swiss Federal Supreme Court denied direct effect of the Free Trade Agreement's prohibition of quantitative restrictions and measures having equivalent effect.

Advocate General *van Gerven* wrote in 1993 that “[a]n EEA legal system that would not encompass ... general principles (sc. such as direct effect and primacy), would...be a legal system that is not at all homogeneous with Community law”.³⁷ However, the governments of Finland, Iceland, Norway and Sweden were strictly opposed to such an approach. In the case of the EEA, the Governments claimed to find support in those passages of the ECJ's Opinion 1/91 which found that the EEA was to be established “on the basis of an international treaty which, essentially, merely creates rights and obligations as between the Contracting Parties” and that consequently, EC-style direct effect and primacy were not secured in EEA

³² Case 270/80 *Polydor Limited and RSO Records Inc. v Harlequin Records Shops Limited and Simons Records Limited*, 1982 ECR, 329, paras 18 and 19.

³³ See Norberg 2010, pp. 487 ff., 493.

³⁴ Agreement between the European Community and its Member States on the one part and the Swiss Confederation on the other on the free movement of persons, O.J. 2002 L 114/6.

³⁵ Cases C-351/08 *Grimme*, 2009 ECR, I-10777, paras 27–29; C-541/08 *Fokus Invest AG*, [2010] ECR, I-1025, paras 26–32; C-70/09 *Hengartner and Gasser*, [2010] ECR, I-7233, paras 41–43; similar remarks can be found in the ECJ's order in Case C-476/10 *projektart* of 24 June 2011, not yet reported, although this case was dealt with under the EEA Agreement and had no implications for Switzerland (para 37). See Baudenbacher 2010b, pp. 34 ff.; *Id.*, 2010c, pp. 280 ff.

³⁶ *Supra*, fn. 24; see, e.g., *Neue Zürcher Zeitung* of Nr. 34 of 11 February 1982, 21. This commentary was written under a pseudonym by ECJ judge Pierre Pescatore who had participated in the case.

³⁷ van Gerven 1993; see also Bruha 1999; Sevón and Johansson 1999; Norberg 2002.

law.³⁸ Article 7 EEA and Protocol 35 were said to be proof that these principles were lacking. Article 7 EEA stipulates that EEA acts shall “be, or be made part”, of the Contracting Parties internal legal order and Protocol 35 to the EEA Agreement provides that the EEA Agreement does not require the Contracting Parties to transfer legislative powers to any EEA institutions. In legal terms, the respective case-law of the ECJ, which had been rendered before 2 May 1992, was said not to be “relevant” within the meaning of Article 6 EEA. In spite of these arguments, the EEA Agreement is clearly based on the idea that citizens and economic operators are able to defend their rights flowing from it in a comparable way in both pillars. That implies effect-related homogeneity.

The EFTA Court was faced with the issue of effect-related homogeneity in its very first case, *Restamark*. The referring Finnish court asked, *inter alia*, whether Article 16 EEA, the provision mirroring Article 37 TFEU, was so unconditional and sufficiently precise as to have *direct legal effect*.³⁹ The Commission advised the EFTA Court to pronounce itself in favour of direct effect.⁴⁰ The EFTA Court avoided answering the question by stating that the provision in question was sufficiently unconditional and precise to have direct effect once it had been *implemented* in the domestic legal order of Finland. The essential thing is that this effect follows from EEA law, rather than from the domestic law of the EFTA States.

The moment of truth came, however, when on 18 November 1997 the *Reykjavík* City Court in Case E-7/97 *Sveinbjörnsdóttir* referred the question to the EFTA Court whether State liability was part of EEA law. That the governments of Iceland, Norway and Sweden urged the Court to reject State liability came as no surprise. Less expected was, in particular in light of its pleading in *Restamark*, that the European Commission would express itself against State liability. The only participant in the case which supported Ms. *Sveinbjörnsdóttir* in her claim against the Icelandic State was the EFTA Surveillance Authority. The Court recognised *full State liability* for legislative and administrative wrongdoing, referring to the homogeneity objective informing the EEA Agreement, the goal of securing the right of individuals and economic operators to equal treatment and equal opportunities, and the general principle of loyalty laid down in Article 3 EEA.⁴¹ In a recent case, the Court in *obiter dicta* has addressed the issue of State liability for judicial wrongdoing.⁴² In academic literature it has been concluded that the Court

³⁸ ECJ Opinion 1/91, para 20 f. See, e.g., the submissions of the Government of Norway in Case E-1/94 *Restamark*, Report for the Hearing, [1994–1995] EFTA Court Report, 35 ff., 53 ff., of the Governments of Iceland, Norway and Sweden in Case E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, Report for the Hearing [1998] EFTA Court Report, 126, 128, 129, and of the Government of Norway in Case E-4/01 *Karlsson*, 17 Report for the Hearing [2002] EFTA Court Report, 267 ff.

³⁹ Case E-1/94 *Restamark*, [1994–1995] EFTA Court Report, 15, para 5.

⁴⁰ Para 9.

⁴¹ Case E-9/97 *Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland* [1998] EFTA Court Report, 97, paras 44 ff., 60.

⁴² Case E-2/10 *Pór Kolbeinsson vs The Icelandic State*, [2009–2010] EFTA Court Report, 234, para 77.

has thereby adopted the *Köbler* jurisprudence of the ECJ.⁴³ The EFTA Court's State liability jurisprudence has been accepted by all the Supreme Courts of the EEA/EFTA States as well as, in a case whose facts had occurred during Swedish membership in the EFTA pillar of the EEA, the Swedish Supreme Court.⁴⁴ It appears that in Norway and in Liechtenstein substantial amounts of money were paid to individuals who had suffered damage.

In Case E-1/01 *Einarsson*, the EFTA Court decided the question of *primacy* along the same lines as it had dealt with the issue of direct effect in *Restamark*. It found that Article 14 EEA, the provision mirroring Article 110 TFEU, had been implemented in Iceland and was sufficiently clear and unconditional to be invoked in court. The Commission noted that the General Court attributed direct effect, within the Community, to Article 10 EEA in its judgment in *Opel Austria v Council* and that the principles of direct effect and of primacy are part of EU law. Article 10 EEA reproduces Article 30 TFEU. Unlike in *Restamark*, the Commission did not, however, go so far as to claim that a general principle of direct effect and primacy, analogous to the position in Community law, was part of EEA law.⁴⁵

Again, once it had become clear that the EFTA Court would go to great lengths to ensure effect-related homogeneity, the *ECJ* made its *own contribution*. In Case C-140/97 *Rechberger*, the ECJ held that it had no jurisdiction to rule whether State liability applied in a case whose facts had occurred during Austria's membership in the EEA/EFTA, i.e. before that country joined the European Union. But the ECJ added: "...in view of the objective of uniform interpretation and application which informs the EEA Agreement, it should be pointed out that the principles governing the liability of an EFTA State for infringement of a directive referred to in the EEA Agreement were the subject of the EFTA Court's judgment of 10 December 1998 in *Sveinbjörnsdóttir*".⁴⁶ In editorial comments published shortly after the ECJ had handed down its judgment in *Rechberger*, the Common Market Law Review stated that with its reference to *Sveinbjörnsdóttir*, the EC Court admitted that the thesis according to which the EEA Agreement only creates rights and obligations between governments "has been too one-sided This is more than a '*coup de chapeau*', a salute to the EFTA Court. With this statement, it is important to note, the EC Court appears to endorse the EFTA Court's judgment."⁴⁷ When the EFTA Court rejected the invitation by the Norwegian Government to overrule *Sveinbjörnsdóttir* subsequently in Case E-4/01 *Karlsson*, it made, *inter alia*,

⁴³ Case C-224/01 *Köbler v Austria*, [2003] ECR, I-10239. See Einarsson 2011, pp. 635 ff.; in favour of EEA State liability for judicial wrongdoing, see Krüger 2006, pp. 211, 216 f.; Fredriksen 2006, pp. 485 ff.

⁴⁴ See Baudenbacher 2012c, pp. 2, 9 f.—The EFTA Court also recognised the principle of conform interpretation; E-4/01 *Karlsson* [2002] EFTA Court Report 240, para 28; E-1/07 *Criminal proceedings against A* [2007] EFTA Court Report 245, para 39.

⁴⁵ E-1/01, Report for the Hearing, 2002 EFTA Court Report, 15, paras 137–144.

⁴⁶ 1999 I-3499, para 39.

⁴⁷ Editorial comments: European Economic Area and European Community: Homogeneity of legal orders? CMLRev 1999, 697, 700.

reference to the ECJ's *obiter dictum* in *Rechberger*.⁴⁸ As mentioned by the European Commission in *Einarsson*, the General Court had attributed direct effect to Article 10 EEA in its 1997 *Opel Austria* judgment.⁴⁹

3.3 Procedural Homogeneity

The rules governing the procedure before the EFTA Court are laid down in Article 108(2) EEA and the SCA. There are certain differences between the rules in the EU and in the EFTA pillar, in particular in the field of the preliminary reference procedure.

The EFTA Court has, from the beginning, held that although it is not required by Article 3(1) SCA to follow the reasoning of the European Union courts when interpreting the main part of that Agreement, the reasoning which led those courts to their interpretation of expressions in Union law is relevant when those expressions are identical in substance to those which fall to be interpreted by the Court.⁵⁰ Since 2011, the EFTA Court has used the term “procedural homogeneity” when dealing with such issues.⁵¹ Contrary to what has been claimed in academic literature⁵² and in a recent case by the EFTA Surveillance Authority,⁵³ the application of the principle of procedural homogeneity is not *a priori* restricted to the interpretation of provisions whose wording is identical in substance to parallel provisions of EU law.⁵⁴ Otherwise, there would not have been any need for the EFTA Court to recognise that principle. The provisions in question refer, in particular, to access to the EFTA Court. Such access may be at issue under all the relevant types of procedures. In particular, the following aspects to justice have played a part:

⁴⁸ [2002] EFTA Court Report, 240, para 25.

⁴⁹ Case T-115/94 *Opel Austria* [1997] ECR, II-39, para 102. With regard to the Commission's pleadings in *Einarsson* supra, III. 2.

⁵⁰ Case E-1/94 *Restamark* [1994–1995] EFTA Ct. Rep. 17, paras 32–35.

⁵¹ Cases E-18/10 *ESA v Norway* [2011] EFTA Ct. Rep. 202, para 26, E-15/10 *Posten Norge v ESA*, judgment of 18 April 2012, not yet reported, paras 109 f.; Order of the Court in Case E-13/10 *Aleris Ungplan v ESA* [2011] EFTA Ct. Rep. 3, para 24; Order of the President of 25 March 2011 in Case E-14/10 *Konkurrenten.no AS v ESA*, para 9; Order of the President of 15 February 2011 in Case E-15/10 *Posten Norge v ESA*, para 8; Order of the President of 23 April 2012 in Case E-16/11 *Iceland v ESA* [Icesave], not yet reported, paras 32 f. Magnússon 2010 wrote that the enforcement rules including at the judicial level should be comparable in both EEA pillars and spoke of “institutional homogeneity”, 528 ff., 532 ff.

⁵² Spanò 2012, III.

⁵³ See the Order of the President of 23 April 2012 in Case E-16/11 *ESA v Iceland* (Icesave), nyr, para 21.

⁵⁴ See the Order of the President of 23 April 2012 in Case E-16/11 *ESA v Iceland* (Icesave), nyr, para 32.

- Starting with its very first case, E-1/94 *Restamark*, the EFTA Court held that a national body may constitute a *court or tribunal* entitled to make a preliminary reference even if its procedure is not *inter partes*.⁵⁵ The ECJ followed the same direction in Case C-54/96 *Dorsch Consult*.⁵⁶
- In nullity actions brought against decisions of the EFTA Surveillance Authority, the EFTA Court was initially rather liberal in granting *locus standi* to plaintiffs who were not the addressees of the decision.⁵⁷ In recent times, it has to a large extent aligned itself with the ECJ's case-law.⁵⁸
- According to the wording of Article 34(2) SCA, courts of last resort are not obliged to refer questions of EEA law to the EFTA Court. Most, but not all the courts of last resort of the EEA/EFTA States seem to be of the opinion that they are free to decide whether they want to refer or not.⁵⁹ Recent literature argues that Article 34 SCA must be read in the light of the higher ranking EEA Agreement, namely its Article 3 EEA on *loyalty* and the fourth recital of its Preamble which lays out the principle of *reciprocity* with regard to enforcement at the judicial level. Moreover, it has been said that Article 6 ECHR must be taken into account.⁶⁰ However, the EFTA Surveillance Authority has not so far taken up the issue.
- The second difference between Article 267 TFEU and Article 34 SCA lies in the fact that an EFTA State may in its national law limit the right to make a reference to courts of last resort (para 3). Based on this provision, *Iceland* as the only EEA/EFTA State has introduced a system under which decisions by lower courts to make a reference may be appealed to the Supreme Court. Whether such a system would be lawful in the EU pillar is doubtful in light of the ECJ's ruling in Case C-210/06 *Cartesio*.⁶¹ The Icelandic Supreme Court has used the appeal system in order to filter cases and questions. However, it seems that there has been a policy shift in the recent past.⁶²
- Procedural homogeneity has finally been an issue in the recent order of the President of the EFTA Court in Case E-16/11 *Iceland v EFTA Surveillance*

⁵⁵ E-1/94 *Restamark*, loc. cit. n. 39 supra, para 15; E-1/11 Dr A, [2011] EFTA Court Report 2011, 484, paras 34 ff.

⁵⁶ [1997] ECR, I-4961, paras 35 ff.

⁵⁷ E-2/94 *Scottish Salmon Growers* [1994–1995] EFTA Court Report, 59, paras 20 ff.; E-4/97 *Norwegian Bankers Association* [1998], 38.

⁵⁸ E-E-5/07 *Private Barnehagers* [2008] EFTA Court Report, 62, para 36 ff.

⁵⁹ The President of the Liechtenstein (Supreme) Administrative Court stated at a conference marking the 20th anniversary of the signing of the EEA Agreement in Vaduz that legal issues have to be solved by the competent court of last instance, otherwise legal certainty will not be achieved. The court of last instance for EEA law matters is not the Supreme Administrative Court of Liechtenstein but rather the EFTA Court.

⁶⁰ See in particular Schäfer 2006, pp. 17, 32; Magnússon 2010, pp. 528 ff.; Baudenbacher 2010a, p. 21 f.; Líndal and Magnússon 2011, p. 156; Baur 2011, pp. 47, 65; Lang 2012 p. 119f.

⁶¹ Case C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* [2008] ECR I-9641.

⁶² The Court has recently received quite a high number of cases in which the Supreme Court allowed the reference. <<http://www.eftacourt.int/index.php/cases>> visited 15 May 2012. See also Hreinsson 2012 pp 95ff.

Authority (“Icesave”). On 15 December 2011, the EFTA Surveillance Authority brought an *infringement action* against Iceland claiming that by failing to ensure payment of the minimum amount of compensation to *Icesave* depositors in the Netherlands and in the United Kingdom provided for in Article 7(1) of Directive 94/19/EC on deposit-guarantee schemes within the time limits laid down in Article 10 of that Directive, Iceland was in breach of its obligations under the EEA Agreement. On 28 March 2012, the European Commission sought *leave to intervene* pursuant to Article 36 of Protocol 5 to the SCA on the Statute of the EFTA Court. The EFTA Surveillance Authority and the Icelandic Government pointed to the fact that in two recent cases, *C-542/09 Commission v Netherlands*⁶³ and *C-493/09 Commission v Portugal*,⁶⁴ the President of the ECJ issued orders in which applications for leave to intervene made by the Kingdom of Norway and ESA, respectively, were denied. Iceland also noted that in the past, Norway was allowed to intervene before the ECJ in Joined Cases C-14/06 and C-295/06 *Parliament and Denmark v Commission*,⁶⁵ and in Case C-377/98 *Netherlands v Parliament and Council*.⁶⁶ Iceland furthermore referred to the Declaration by the European Community on the rights for the EFTA States before the EC Court of Justice annexed to the Final Act to the EEA Agreement and submitted that the principle of procedural homogeneity, and considerations as to the equality of the Contracting Parties and reciprocity in their benefits, rights and obligations, stated in the fourth recital of the Preamble to the EEA Agreement, pointed in favour of treating the Commission’s application for leave to intervene as ESA’s would be treated by the President of the ECJ in a similar case, and consequently be *dismissed*. However, Iceland added that the recent orders of the President of the ECJ appear to be attributable to the unclear wording of the third paragraph of Article 40 of the Statute of the ECJ, and that such lack of clarity was not reproduced in the wording of Article 36 of the EFTA Court’s Statute. The President of the EFTA Court held that the application of the principle of procedural homogeneity cannot be restricted to the interpretation of provisions whose wording is identical in substance to parallel provisions of EU law. However, consideration had to be given to the fact that the capability for any EEA State, ESA, the European Union and its institutions, including the Commission, to intervene in cases before the EFTA Court was of paramount significance for the good functioning of the EEA Agreement. Not only from a textual, but also from a teleological and functional perspective, the first paragraph of Article 36 of the Statute was construed accordingly. The Commission was therefore granted leave to intervene. This means that there is no procedural homogeneity with regard to the right of institutions and Member States to intervene in direct actions.

⁶³ Order of the ECJ President of 1 October 2010, not reported.

⁶⁴ Order of the ECJ President of 15 July 2010, not reported.

⁶⁵ [2008] ECR I-1649 (intervention in support of the European Parliament and Denmark).

⁶⁶ [2001] ECR I-7079 (intervention in support of the Netherlands).

4 Methods of Interpretation

Homogeneity could not, however, have been preserved had the EFTA Court not chosen to use largely the same methods of interpretation as its EU sister court. Again, a hurdle which had been erected by Opinion 1/91 had to be overcome. In points 14 ff. of that Opinion, the ECJ had characterised the EEA Agreement as a classic public international law treaty which had to be interpreted according to Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Those provisions contain rather conservative rules. The ECJ for its part does not adhere to Articles 31 and 32 of the Vienna Convention when interpreting EU law. It has rather developed its own methods of interpretation, methods which resemble those used by national Supreme and Constitutional Courts. Special consideration is given to *effet utile*, and dynamic interpretation, i.e. judicial lawmaking, is not ruled out.⁶⁷ In practice, the EFTA Court follows the *same methods* of interpretation as the ECJ. In Case E-4/04 *Pedicel*, it found that the fundamental goal of creating a dynamic and homogeneous EEA may make a dynamic interpretation of EEA law necessary.⁶⁸ In other cases, it held that EEA law must be interpreted in view of its *effectiveness*.⁶⁹

5 EEA Fundamental Rights

In a number of EFTA Court cases, the question has arisen whether the European Convention of Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR) are relevant in interpreting EEA law. Human rights have become more and more relevant also in economic law cases. The ECtHR has rendered a number of landmark rulings in areas such as unfair competition law,⁷⁰ property law,⁷¹ collective bargaining and industrial action law,⁷² IP

⁶⁷ See, e.g., Maduro 2007 pp. 1 ff.

⁶⁸ [2005] EFTA Court Report 2005, 1, para 28.

⁶⁹ See Cases E-8/07 *Celina Nguyen v The Norwegian State* [2008] EFTA Court Report, 224, para 24; E-4/11 *Arnulf Clauder*, [2011] EFTA Court Report, 216, paras 34, 46, and 48; E-1/11 *Dr A*, [2011], EFTA Court Report, 484, para 74.

⁷⁰ Judgment of 20 November 1989, *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, Application No. 10572/83; Judgment of 23 June 1994, *Jacobowski v. Germany*, Application No. 15088/89; ECtHR Judgment of 25 August 1998, *Hertel v. Switzerland*, Application No. 25181/94; Judgment of 12 April 2001, Application No. 43524/98, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft v Switzerland*.

⁷¹ Judgment of 30 June 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*, Application No. 45036/98.

⁷² Originally, in cases *Schmidt and Dahlström v. Sweden* (Application no. 5589/72), judgment of 6 February 1976, para 36, and *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden* (Application no. 5614/72), Judgment of 6 February 1976, para 40, the ECtHR did not recognise a right to strike. This changed in cases *Demir and Baykara v Turkey*, Application Nr. 34503/97, Judgment of 12 November 2008 [2008] ECHR 1345 and *Enerji Yapi-Yol Sen v Turkey*, Application Nr. 68959/01, Judgment of 21 April 2009.

law⁷³ and antitrust law.⁷⁴ The right to a fair trial which is enshrined in Article 6 ECHR is of general significance.⁷⁵

The only reference to fundamental rights in the EEA Agreement can be found in Recital 1 of its Preamble. According to the Court's well-established case-law, the provisions of the EEA Agreement, as well as the procedural articles of the SCA, are to be interpreted in the light of fundamental rights. It must be noted that the Court did not recognise the existence of fundamental rights under the EEA Agreement by referencing ECJ case-law, but by citing the *European Human Rights Convention* and the jurisprudence of the *ECtHR* directly.⁷⁶ In recent cases, the Court has also made reference to the Charter of Fundamental Rights of the European Union.⁷⁷

In academic literature, the question has been discussed whether homogeneity in the EEA may be qualified in view of the influence of the European Human Rights Convention.⁷⁸ In its recent judgment in Case E-15/10 *Norway Post*, the Court held that competition law proceedings which may entail substantial fines fall, as a matter of principle, within the criminal sphere for the purposes of Article 6 ECHR, and that that provision must apply with its full stringency. The control of a criminal sanction imposed by an administrative body must therefore be undertaken by a judicial body that has *full jurisdiction*. Thus, the Court must be able to quash in all respects, on questions of fact and of law, the challenged decision. The EFTA Court thereby referred to the relevant case-law of the ECtHR, in particular the *Menarini* judgment of 27 September 2011.⁷⁹ First commentators have stated that the EFTA Court has given more weight to the fundamental right to a fair trial than the courts of the European Union.⁸⁰

⁷³ Concerning the question whether trademarks can be regarded as property rights for the purposes of human rights analysis. ECtHR of 11 January 2007 *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, App. No. 73049/01, paras 72–78; Ramsey 2010.

⁷⁴ Judgment of 27 September 2011 in Case A. *Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy*, Application No 43509/08, §§ 38–44; see also EFTA Court E-15/10 *Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority*, judgment of 18 April 2012, nyr, paras 84–102.

⁷⁵ See Baudenbacher 2012a.

⁷⁶ See Cases E-2/03 *Ásgeirsson* [2003] EFTA Court Report 185, para 28; E-8/97 *TV 1000* [1998] EFTA Court Report 68, para 26; E-2/02 *Bellona* [2003] EFTA Court Report 52, para 37; E-4/11 *Arnulf Clauder*, loc. cit., para 48; E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, [2011] EFTA Court Report, 117, para 60.

⁷⁷ Cases E-4/11 *Arnulf Clauder*, loc. cit., para 48; E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, [2011] EFTA Court Report, 117, para 60.

⁷⁸ See Schweizer 1993 II 570, 620.

⁷⁹ Case E-15/10 *Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority*, judgment of 16 April 2012, nyr, paras 84 ff.

⁸⁰ See de la Serre 2012. Concerning the case law of the ECJ at last: Cases C-272/09 P *KME Germany and Others v Commission*, judgment of 8 December 2011, paras 118 ff., and C 386/10 P *Chalkor AE Epexergasias Metallon v Commission*, judgment of 8 December 2012, nyr, paras 45 ff. Commentators have noted that the ECJ did not apply Article 6 ECHR, but limited itself to relying on Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and that it did not make reference to the ECHR's *Menarini* judgment; Bronckers and Vallery 2012, pp. 44 ff.

6 Limits of Homogeneity?

It lies in the nature of things that the ECJ may in a given case come to a different conclusion than the EFTA Court. It was, for instance, claimed that the ECJ was more lenient *vis-à-vis* State gambling monopolies in Case C-42/07 *Liga Portuguesa* than the EFTA Court previously in Cases E-1/06 *Gaming Machines* and E-3/06 *Ladbrokes*.⁸¹ Be that as it may, this is simply a consequence of the fact that there are two EEA courts. Experience shows that in a future case, the EFTA Court may in light of the homogeneity principle, align itself with the ECJ.⁸² But it may also happen that the EFTA Court distinguishes a future case. The view that if a national supreme court discovers that there is a conflict between EFTA Court and ECJ case-law, it may or should follow the ECJ without referring the case to the EFTA Court, must, in any event, be rejected. Generally speaking, it is dangerous to draw too far-reaching conclusions from the fact that the ECJ takes another route than the EFTA Court in a parallel case. It may be that the ECJ does not immediately follow the EFTA Court, but changes its attitude *on later occasions*. A case in point is the EFTA Court's *Fokus Bank* judgment. The Court held in the context of the taxation of outbound dividends that an EEA State cannot rely on an international double taxation agreement in order to justify an otherwise unlawful restriction on the free movement of capital. In its first judgment after *Fokus Bank*, *Bouanich*, the ECJ found that international tax treaties could heal a restriction on the free movement of capital provided that they ensured that non-resident shareholders were not treated less favourably than resident shareholders.⁸³ In the subsequent cases *Test Claimants in Class IV*⁸⁴ and *Denkavit*,⁸⁵ the ECJ confirmed that international tax conventions had some relevance.⁸⁶ It has been argued that the EFTA Court would therefore not be able to uphold *Fokus Bank* if again faced with the same question.⁸⁷ It is, however, not that simple. In its recent case-law, the ECJ seems to have moved in the *direction of the EFTA Court*. In *Commission v. Italy* and *Commission v Spain*, the ECJ, while maintaining the possibility that a double taxation convention may enable a Member State to comply with its obligations

⁸¹ [2009] ECR 2009, I-7633; [2007] EFTA Court Report 2007, 8; [2007] EFTA Court Report, 86.

⁸² See Joined Cases E-9/07 and E-10/07—*L'Oréal* [2008] ECR, 259 ff.

⁸³ Case C-265/04 *Margaretha Bouanich v Skatteverket* [2006] ECR, I-923, paras 51–56.

⁸⁴ Case C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I 11673.

⁸⁵ Case C-170/05 *Denkavit International BV and denkavit France SARL v Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2006] ECR, I-11949.

⁸⁶ Cases C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I 11673, paras 68 ff.; C-170/05, *Denkavit Internationaal BV and Denkavit France SARL v Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, [2006] ECR I-11949, para 51 ff.

⁸⁷ Norwegian Supreme Court *Edquist*, Rt. 2010, 1500, para 113, cited by *Fredriksen*, in this volume.

under the Treaty, set the hurdles so high that the likelihood that a Member State might succeed on this point is rather *remote*.⁸⁸ By and large, there is hardly any significant difference between *Commission v Spain* and *Fokus Bank*. In fact, the ECJ in that case cited the European Commission's pleadings which made explicit reference to EFTA Court *Fokus Bank*. The Commission argued that it was clear from the EFTA Court's judgment "that the State of the source of the income cannot justify discriminatory treatment, even by concluding an agreement which grants a tax advantage in the Member State of residence. A Member State cannot shift its obligation to comply with the obligations imposed on it by the Treaty to another Member State and rely on the other State to make good the discrimination."⁸⁹

7 Conclusions

Twenty years after the signature of the EEA Agreement and more than 18 years after the EFTA Court has taken up office, there can be no doubt that the homogeneity of substantive EEA law has been preserved by the two EEA Courts. Homogeneity has also, to a large extent, been safeguarded with regard to *effect, primacy and state liability*. The absence of EU-style direct effect and supremacy only underscores the obligation of the EFTA States to take all necessary measures to timely and correctly implement EEA rules in their respective legal orders. It seems that the European Commission is revisiting its position on this matter. In its oral intervention in Case E-13/11 *Granville*, the Commission pointed to the General Court's *Opel Austria* judgment and claimed that the developments of the past 20 years must be taken into account. It stated that the approach of the ECJ "gives better protection in certain cases to nationals of the EFTA States than the EFTA jurisprudence gives to Union citizens". The Commission suggested "that the EFTA Court might wish to take this on board, if it wishes to revisit its jurisprudence".⁹⁰ The concept of procedural homogeneity has only recently been recognised and its full ambit remains to be defined.

That the ECJ was reluctant to accept the establishment of another European Court with the competence to interpret law that is identical in substance is understandable. Since the European Union relies on the law as a means of

⁸⁸ Cases C-540/07, *Commission v Italian Republic*, [2009] ECR, I-10983, paras 37 f.; C-487/08, *Commission v Kingdom of Spain*, judgment of 3 June 2010, paras 62, 66 f. The ECJ had already in its 2007 *Amurta* judgment distanced itself from its previous case-law by holding that "it cannot be excluded that a Member State may succeed in ensuring compliance with its obligations under the Treaty through the conclusion of a convention for the avoidance of double taxation with another Member State" (Case C-379/05, *Amurta SGPS v Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam* [2007] ECR, I- 9569, para 79.).

⁸⁹ Loc. cit., para 17; see Baudenbacher 2012c, p 19.

⁹⁰ Transcript of the oral hearing, file with the author.

integration and abstains from using force, it is rather thin-skinned when it comes to protecting the *autonomy of its legal order*. University of Regensburg International Law Professor *Robert Uerpmann* has aptly stated in that respect:

It seems odd that the European Community, which has never been regarded as a sovereign state, should have greater difficulty in subjecting itself to international obligations. Perhaps however an explanatory approach lies just here. Nation states such as Germany or France do not seriously jeopardise their identity if they subject themselves to international obligations and revoke their claim to autonomous legislation and application of the law. The situation is different with the EC. The EC is a relatively young construction that essentially understands itself to be a Community founded on law (*'Rechtsgemeinschaft'*). If Community law loses its autonomy, this could endanger the Community's identity.⁹¹

Both EEA courts, the ECJ and the EFTA Court, have contributed to the smooth functioning of the EEA. It is not unreasonable to argue that the move of the EFTA Court's seat from Geneva to Luxembourg has contributed to this positive result which arguably has exceeded the expectations of those who drafted the EEA Agreement. The EFTA Court's presence in the Grand Duchy has led to regular *contacts* between the judges from both sides of Avenue J.F. Kennedy. To be sure, such encounters are not used to discuss court cases, but, they facilitate mutual understanding. On behalf of EFTA Court, I heartily congratulate the Court of Justice of the European Union on its sixtieth anniversary!

References

- Almestad K (1994) EFTA Court Report, 177
- Baudenbacher C (2006) Governments before the EFTA Court. In: Anderson LL, Fenges N, Vesterdorf B, Hagel-Sørensen C (eds) *Festschrift til Claus Gulmann*. Forlaget Thomson, København, pp 23–49
- Baudenbacher C (2007) Was ist aus dem Gutachten 1/91 des EuGH geworden? In: Baur G. (ed) *Europäer—Botschafter—Mensch: Liber Amicorum für Prinz Nikolaus von Liechtenstein*. Liechtenstein Verlag, Schaan, pp 79–107
- Baudenbacher C (2008) The EFTA Court, the CJEU, and the latter's advocates general—a tale of judicial dialogue. In: Arnulf A, Eckhout P, Tridimas T (eds) *Continuity and change in EU law. Essays in honour of Sir Francis Jacobs*. Oxford University Press, Oxford, pp 90–124
- Baudenbacher C (2010a) *The EFTA Court in action. Five lectures*. German Law Publishers, Stuttgart
- Baudenbacher C (2012a) Swiss economic law facing the challenges of International and European Law. Report for the 2012 Swiss lawyers day, forthcoming in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 2012
- Baudenbacher C (2012b) The EFTA judicial system reaches the age of majority—accomplishments and problems. Speech given at the EEA seminar of the EFTA Secretariat of 19 January 2012 in Brussels <http://www.eftacourt.int/images/uploads/CB_The_EFTA_Judicial_System_reaches_the_Age_of_Majority_final.pdf> visited 12 May 2012
- Baudenbacher C (2012c) Some thoughts on the EFTA Court's phases of life, In: EFTA Court (ed) *Judicial protection in the European Economic Area*. German Law Publishers, Stuttgart, pp 2–28

⁹¹ Uerpmann 2012.

- Baudenbacher LM (2010c) Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag. ELR 34–37
- Baudenbacher LM (2010d) Gar lustig ist die Jägerei—aber für Schweizer ist sie teurer als für andere, ELR 280–283
- Baur G (2011) Kohärente Interpretationsmethode als Instrument europarechtskonformer Rechtsanwendung—eine rechtspolitische Skizze. 25 Jahre Liechtenstein-Institut (1986–2011). Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, Schaan
- Brandtner B (1992) The ‘drama’ of the EEA: comments on opinions 1/91 and 1/92, 3 EJIL [1992], 300 ff. <http://207.57.19.226/journal/Vol3/No2/art5.html> (visited 22 April 2012)
- Bronckers M, Vallery A (2012) Business as usual after Menarini? MLex Magazine January–March 2012, pp 44 ff
- Bruha T (1999) Is the EEA an internal market? In: Müller-Graff P-C, Selvig E (eds) EEA-EU relations. Berliner Wissenschafts verlag, Berlin, pp 97–129
- de la Serre EB (2012) A lesson on judicial review from the other European Court in Luxembourg, Kluwer Competition Law Blog of 27 April 2012. <http://kluwercompetitionlawblog.com/2012/04/27/a-lesson-on-judicial-review-from-the-other-european-court-in-luxembourg/> visited 27 April 2012
- Einarsson OJ (2011) Hæstiréttur og EES-samningurinn - Samningsbrotamál og skaðabótaábyrgð (The Supreme Court and the EEA Agreement—infringement procedure and liability), Úlfjótur, 635 ff
- Fredriksen HH (2006) Statlig erstatningsansvar for nasjonale domstolers brudd på EOS-retten (State liability for breach of the EEA Agreement by national courts), Lov og Rett 485 ff
- Heinsson P (2012) The interaction between Iceland courts and the EFTA Court. In: EFTA Court (ed) Judicial protection in the European Economic Area. German Law Publishers, Stuttgart, pp 90–99
- Hummer W (1992) Vorder- und Hintergründe des Gutachtens des EuGH zum EWRV, WBl. 33 ff
- Kohler C (2007) Dialog der Gerichte im europäischen Justizraum: Zur Rolle des EuGH bei der Auslegung des neuen Übereinkommens von Lugano. In: Monti M, Prinz von und zu Liechtenstein N, Vesterdorf B, Westbrook J, Wildhaber L (eds) Economic law and justice in times of globalization, Festschrift for Carl Baudenbacher. Nomos Verlag, Baden–Baden, pp 141 ff
- Krüger K (2006) Action for damages due to bad procurement: on the intersection between EU/EEA law and national law, with special reference to the Norwegian experience. Public Procure Law Rev 211:216 f
- Lang JT (2012) The duty of National Courts to provide access to justice in the EEA. In: EFTA Court (ed) Judicial protection in the European Economic Area. German Law Publishers, Stuttgart, pp 100–135
- Líndal S, Magnússon S (2011) Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins – Megindrættir, Reykjavík
- Maduro MP (2007) Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism. EJLS 1(2):1 ff
- Magnússon S (2010) On the authority of advisory opinions, Europarättslig Tidskrift 13:528 ff
- Magnússon S (2011) Judicial homogeneity in the European Economic Area and the authority of the EFTA Court. Nordic J Int Law 80:507
- Norberg S (2002) Perspectives on the future development of the EEA Agreement. Afmaelisrit Thór Vilhjálmsson
- Norberg S (2010) The European Economic Area. In: Oliver P (ed) Oliver on free movement of goods in the European Union, 5th edn. Hart Publishing, Oxford, pp 487–506
- Ramsey LP (2010) Free speech and international obligations to protect trademarks. Yale J Int Law 35:405
- Schäfer A (2006) Die Prozesskostensicherheit – eine Diskriminierung? LJZ 17(1):32
- Schweizer RJ (1993) Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht. ZSR NF II(570):620
- Sevón L, Johansson M (1999) The protection of the rights of individuals under the EEA Agreement. Eur Law Rev 373:385

- Sharpston E, Clifton M-J (2012) The two EEA Courts—Sisters in arms. In: EFTA Court (ed) *Judicial protection in the European Economic Area*. German Law Publishers, Stuttgart, pp 170–186
- Skouris V (2005) The ECJ and the EFTA Court under the EEA Agreement: a Paradigm for International Cooperation between Judicial Institutions. In: Baudenbacher C, Tresselt P, Örlýgsson T (eds) *The EFTA Court ten years on*. Hart Publishing, Oxford, pp 123–130
- Spanò RR (2012) The concept of procedural homogeneity. In: Court EFTA (ed) *Judicial protection in the European Economic Area*. German Law Publishers, Stuttgart, pp 152–159
- Uerpmann R (2012) International Law as an element of European Constitutional Law. International supplementary constitutions, Jean Monnet working paper 9/03, p 43 f. <http://www.JeanMonnetProgram.Org/papers/03/030901-02.html> visited 14 March 2012
- van Gerven W (1993) The genesis of EEA law and the principles of primacy and direct effect. *Fordham Int Law J* 16(955):989

Part II
The Constitutional Order

L'ordre constitutionnel

Rôle des droits fondamentaux dans la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE

Elena Simina Tanasescu

Résumé Les droits fondamentaux identifiés et protégés par la CJ sont aussi autonomes que l'ordre juridique auquel ils appartiennent et qu'ils façonnent. La constitutionnalisation de l'UE est également un phénomène distinct de celui rencontré au niveau national ou international. Toutefois, la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE reste un phénomène juridique assez banal, bien qu'elle soit contextuelle et déterminée dans son contenu par l'autonomie conceptuelle qui est devenue la marque distinctive de l'intégration européenne.

Dans les moments anniversaires il est toujours bon de regarder en arrière et se rappeler le parcours accompli, notamment lorsqu'il est plutôt positif et potentiellement source de satisfaction. Cinquante ans après sa création la Cour de Justice peut fièrement exhiber une réelle protection des droits fondamentaux au sein de l'Union Européenne (UE)¹ par le biais d'une jurisprudence riche, constante, et en permanente évolution. Tendanciellement, la doctrine lie ce résultat à la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE. En effet, la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE a évolué en parallèle avec le processus de constitutionnalisation de son ordre juridique, à tel point qu'il serait légitime de se demander si leur relation n'est pas gouvernée par le principe de la célèbre boutade sur l'antériorité de l'œuf et de la poule. Sont-ce les droits fondamentaux qui ont été

¹ Le terme Union Européenne est utilisé ici comme concept générique pour désigner aussi bien la Communauté Economique Européenne, que la Communauté Européenne, ou l'Union Européenne elle-même, malgré les différences objectives qui existent entre ces trois entités.

E. S. Tanasescu (✉)
Université de Bucarest, Bucarest, Roumanie
e-mail: simina-elena.tanasescu@drept.unibuc.ro

la cause ou, au moins, le catalyseur de la constitutionnalisation de son ordre juridique de l'UE ou est-ce plutôt la constitutionnalisation qui a précipité un processus existant mais d'une ampleur relativement modeste? Posée en ces termes la question semble suggérer déjà sa réponse. Néanmoins, il convient de se rappeler le début de l'intégration européenne et les déclarations politiques qui l'ont accompagnée. « Nous ne coalisons pas des Etats, nous unissons des hommes » disait Jean Monnet en 1952.

La liberté des êtres humains a été le but ultime de l'intégration européenne depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Selon une conception qui se réclame du constitutionnalisme conçu comme philosophie politique, la liberté de l'individu est mieux protégée lorsque le pouvoir politique se trouve encadré et contrôlé. Pour ce faire l'expérience avait montré que les instruments développés jusque-là au niveau intraétatique (exercice démocratique du pouvoir accompagné par une séparation des pouvoirs, hiérarchie institutionnelle et normative doublée d'un contrôle juridictionnel effectif et efficace pour en assurer la garantie, etc.) risquaient fort de ne plus être suffisants. Il pouvait donc s'avérer nécessaire d'imaginer aussi des moyens situés en dehors de l'Etat, au niveau international ou supranational. Conceptuellement, cela illustre une approche fondamentalement individualiste, qui est ontologiquement liée aux idées avancées par le constitutionnalisme moderne. Force est de constater aujourd'hui que le passage de la société européenne à la postmodernité a pu accentuer certaines tendances préexistantes, mais cela n'aide pas à trouver la réponse à la question posée au départ: est-ce la constitutionnalisation *in statu nascendi* de l'Europe, en tant que pouvoir régional, qui a déterminé une meilleure protection des droits fondamentaux au niveau de l'UE ou cette vision foncièrement individualiste du droit et de la société² est-elle celle qui forge le processus de « juridification »³ croissante du pouvoir public européen?

Ou peut-être la question devrait-elle être posée en d'autres termes, tant il est vrai que l'intégration européenne a été souvent critiquée pour avoir instrumentalisé l'individu sans le mettre véritablement au premier plan en sacrifiant ses droits fondamentaux sur l'autel des objectifs d'ordre général. En effet, les droits fondamentaux au sein de l'UE ont connu un parcours assez intéressant. De leur initiale négation par la Cour de Justice (CJ),⁴ ils sont passés par la phase transitoire de l'incorporation dans la catégorie des principes généraux du droit communautaire,⁵ y compris sous la pression des juridictions constitutionnelles des Etats membres,⁶ pour

² von Bogdandy 2007, p. 7.

³ Möhlers 2011, p. 195.

⁴ Arrêt du 15 juillet 1960, Affaires jointes 36, 37, 38–59 et 40–59, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a./Haute Autorité* (Rec. 1960 p. 857).

⁵ Arrêt du 12 novembre 1969, Affaire 29/69, *Stauder/Stadt Ulm* (Rec. 1969 p. 419); Arrêt du 17 décembre 1970, Affaire 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (Rec. 1970 p. 1125).

arriver de nos jours à une pleine reconnaissance en droit positif de l'UE par le biais de la Charte des droits fondamentaux.⁷ Belle évolution pour un concept au sujet duquel la CJ affirmait « qu'aucune disposition du traité ne confère de manière générale aux institutions communautaires le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine »⁸; et ce malgré le fait qu'à la même époque tous les accords externes de la Communauté Européenne contenaient une clause dite « droits de l'homme » et que sa propre jurisprudence en matière d'annulation des actes communautaires était bel et bien fondée sur le respect des droits fondamentaux au sein de l'UE.⁹ Car, suite logique de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, la construction progressive d'une nouvelle catégorie au sein même de cet ordre juridique a dû prendre ses marques et se différencier de concepts préexistants mais similaires, tels les droits de l'homme, protégés au niveau international, et les droits fondamentaux constitutionnels, protégés au niveau national. Les droits fondamentaux identifiés et protégés par la CJ sont tout aussi autonomes que l'ordre juridique auquel ils appartiennent et qu'ils façonnent dans leur fonction de principes généraux du droit européen, malgré le fait que leur source d'inspiration puisse être retrouvée aussi bien dans « les traditions constitutionnelles communes des Etats membres »¹⁰ tout comme dans nombre de pactes, conventions et autres accords internationaux parmi lesquels la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) joue un rôle de plus en plus prééminent.¹¹ L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'UE le 1^{er} décembre 2009, ainsi que le récent processus d'adhésion de l'UE à la CEDH ne font que confirmer cette réalité.

Pendant ce temps, la construction européenne a subi d'importantes mutations. Si au début elle a surtout avancé par le biais de la méthode fonctionnaliste, qui favorisait les finalités supranationales et leur octroyait des moyens intergouvernementaux presque exclusivement en matière économique, par la suite l'intégration s'est également étendue au niveau politique et, pour ce faire, a changé de méthode en faveur d'instruments empruntés au constitutionnalisme national. Quelque part entre les traités de Paris et Rome la construction européenne est

⁶ Notamment les décisions 'Frontini' du 27 décembre 1973 et 'Granita' du 8 juin 1984 de la Cour constitutionnelle italienne et les affaires dites 'So lange' I de 1974 et 'So lange' II de 1987 du Tribunal constitutionnel allemand.

⁷ JO 2000/364/01.

⁸ Avis de la Cour du 28 mars 1996, Avis 2/94, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Rec. 1996 p. I-1759).

⁹ *Internationale Handelsgesellschaft*, précitée n°5.

¹⁰ Notamment à partir de l'Arrêt du 14 mai 1974, *Affaire 4/73, Nold KG/Commission* (Rec. 1974 p. 491).

¹¹ Notamment à partir de l'Arrêt du 13 décembre 1979, *Affaire 44/79, Hauer/Land Rheinland-Pfalz* (Rec. 1979 p. 3727). La doctrine est unanime à constater que, dans un premier temps, la jurisprudence de la CJ portant sur la protection des droits fondamentaux s'est appuyée sur une diversité plus grande des documents internationaux, pour récemment accorder une place privilégiée - allant jusqu'à l'exclusivité - à la CEDH. (Kühling 2011, p. 482; Rossi 2002, p. 39).

passée de l'international atypique à l'intergouvernemental désormais devenu classique, et quelque part entre les traités de Maastricht, Amsterdam et Lisbonne elle est passée de l'intégration fonctionnelle à l'intégration constitutionnelle. Si les origines de droit international public étaient encore visibles dans les compétences, fonctionnement et buts des institutions européennes d'il y a cinquante ans, les comparaisons entre l'UE et les Etats fédéraux se sont multipliées vers la fin du vingtième siècle, pour déboucher au début du troisième millénaire sur une conclusion qui aujourd'hui apparaît valable - et ce d'une manière évidente - pour l'ensemble du parcours: « les catégories du droit interne sont trop étroites pour l'ordre communautaire »¹² L'intégration européenne est donc devenue constitutionnelle, mais il faut tout de suite préciser que cette constitutionnalisation ne revêt pas le même sens et ne recouvre pas les mêmes réalités que le processus appelé du même nom et existant dans les Etats membres au niveau national. Ainsi, l'UE, entité *sui generis* dotée d'un ordre juridique autonome, connaît à présent une constitutionnalisation qui lui est propre, et qui mérite d'être analysée dans le cadre du contexte offert par la constitutionnalisation des systèmes normatifs nationaux¹³ et la constitutionnalisation du droit public international.¹⁴

L'analyse devrait alors, peut-être, laisser de côté la question de l'antériorité ou de l'éventuelle relation de causalité qui pourrait s'établir entre les droits fondamentaux des citoyens européens et la constitutionnalisation de l'UE, et s'intéresser plutôt au croisement entre d'une part, l'autonomie conceptuelle qui est devenue la marque distinctive de l'intégration européenne et, d'autre part, la relativité ou la contextualisation qui semble être la marque de la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE. Pour tenter d'approcher la question sous cet angle il faudrait d'abord éclaircir le concept de constitutionnalisation propre à l'UE et, ensuite, évaluer dans quelle mesure la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE est ou non anodine de par son caractère contextuel.

1 Autonomie constitutionnelle

Héritier de la philosophie politique du constitutionnalisme telle que développée vers la fin du XVIIIème siècle, le processus de constitutionnalisation¹⁵ désigne un phénomène juridique complexe, qui concerne l'ensemble d'un système normatif, et qui consiste dans l'interaction établie entre les normes juridiques de la loi fondamentale et le reste des normes juridiques de rang inférieur à la Constitution. Cette interaction a comme résultat un double mouvement normatif: un mouvement ascendant, d'élargissement du stock des normes constitutionnelles, et un autre descendant, d'approfondissement de ces normes. Des prémisses minimales lui sont indispensables, car le démarrage est

¹² Rossi 2002, p. 42.

¹³ Favoreu 1997, p. 28 et s.; Bon 1991, p. 35 et s.; Muraru et Tanasescu 2001, p. 975 et s.

¹⁴ Fassbender 2007, p. 307 et s.; Klabbers 2004, p. 31 et s.

¹⁵ Favoreu 1997, p. 28 et s.

impossible en l'absence d'une loi fondamentale et d'un juge chargé d'en assurer la suprématie. La finalité ultime de ce processus réside dans la mise en œuvre de garanties pour les droits fondamentaux des citoyens.

Après avoir été observée et analysée au niveau de plusieurs systèmes juridiques nationaux, la constitutionnalisation a connu un tel succès qu'il est courant aujourd'hui d'employer le mot dans les contextes les plus divers. Ainsi, entre autres, on parle d'une constitutionnalisation du droit européen¹⁶ dans une démarche terminologique de type, sans doute, comparatiste, qui tente à de rapprocher des phénomènes nouveaux ou originaux de réalités connues et explorées. Cette comparaison peut amener soit à des conclusions d'assimilation de régime juridique, soit, au contraire, à l'identification de particularités et différences entre les objets comparés. Dans ce contexte, la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE se traduirait-elle par un effet du processus au niveau supranational, tel qu'on le connaît au niveau des systèmes juridiques nationaux ou bien s'agirait-il d'un phénomène distinct, propre au droit européen, donc autonome?

La grande majorité de la doctrine européeniste a tendance à interpréter la jurisprudence de la CJ dans le sens du deuxième terme de la question.¹⁷ En effet, la CJ a graduellement développé une jurisprudence qui utilise des concepts spécifiques au droit constitutionnel (séparation des pouvoirs, compétences d'attribution et compétences générales, droits fondamentaux, etc.) afin de dresser un parallèle entre la suprématie dont toute Constitution jouit dans le cadre du système normatif qui est le sien et la primauté des traités de l'UE dans le cadre de son ordre juridique. Mais déjà au niveau de la terminologie on entre dans une logique de différenciation plutôt que d'assimilation, car primauté n'équivaut pas à suprématie à tous les niveaux dans la mesure où la primauté du droit communautaire sur l'ensemble du droit constitutionnel des Etats membres, notamment dans le domaine des droits fondamentaux, nécessite encore d'être précisée.¹⁸

Le plus souvent la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE est qualifiée d'autonome tantôt en raison de ses prémisses autonomes, tantôt en elle-même, en tant que processus.

1.1 Une approche fonctionnelle du concept de Constitution

Nul besoin de revenir sur une jurisprudence classique; la CJ a qualifié les traités originaires de l'UE de « charte constitutionnelle » depuis 1979.¹⁹ Ce faisant elle a renoué avec une des théories développées par l'école positiviste du droit²⁰ entre les

¹⁶ Constantinesco 2002, p. 309 et s.

¹⁷ Simon 2001.

¹⁸ Mayer 2003.

¹⁹ Arrêt du 23 avril 1986, Affaire 294/83, *Les Verts/Parlement* (Rec. 1986 p. 1339).

²⁰ Verdross 1926, p. V.

deux guerres mondiales selon laquelle toute Constitution n'est autre que la base normative d'une communauté instituée par le droit. Dans la mesure où les traités originaires de l'UE remplissent cette fonction, on peut parler d'une Constitution propre à l'UE, qui fournit les prémisses nécessaires pour sa constitutionnalisation. Mais la Constitution de l'UE peut être qualifiée d'autonome selon une grille d'analyse un peu plus complexe.

1.1.1 Constitution dans un sens descriptif

Une simple lecture des traités originaires de l'UE peut constituer la preuve qu'ils remplissent une fonction structurante pour l'organisation et le fonctionnement de ses institutions, ainsi que pour l'ordre juridique européen. Force est de constater qu'on est en présence d'une Constitution dans le sens descriptif mentionné plus haut. De plus, une des principales fonctions de toute Constitution consiste à fixer « la compétence de la compétence ». Transposée au niveau de l'UE cela signifie que la Constitution d'une telle organisation supranationale définit le cadre institutionnel dans lequel les compétences sont réparties entre ses institutions, et cela d'une manière qui ne peut être changée que par des procédures préétablies.

Une communauté *constituée par le droit* comme l'UE renvoie obligatoirement à une communauté *fondée sur le droit*, ce qui suppose l'existence de juridictions compétentes pour assurer le respect des procédures au sein de cette communauté. Dans le cas de l'UE une telle activité juridictionnelle a eu comme effet une intégration de plus en plus accentuée, aussi bien des Etats participants à ces processus, que des citoyens directement concernés. Ce phénomène en est autant le résultat de l'activisme de la CJ, notamment à ses débuts, que la conséquence d'une logique inhérente à toute organisation internationale au sein de laquelle le principe *pacta sunt servanda* est pris au sérieux. Ainsi, la personnalité juridique de toute organisation internationale réclame la possibilité de produire des actes juridiques. Toute nouvelle institution juridique (dans le sens d'ensemble des règles juridique qui gouvernent un domaine distinct des relations sociales) a une tendance naturelle à produire une structure organisationnelle qui a besoin de sa propre personnalité juridique. Une fois ce stade réalisé, la nouvelle entité juridique aura nécessairement une volonté propre, distincte de celle de ses membres fondateurs. L'intégration européenne peut être expliquée par la manifestation de plus en plus prégnante et visible de cette volonté propre de l'UE, qui est distincte aussi bien de la volonté des Etats membres, que de celle des citoyens européens. Si l'on peut accepter ce raisonnement, on peut aussi imaginer que cette volonté spécifique de l'Union Européenne décide, un jour, de se manifester à travers un ou plusieurs actes juridiques qui remplissent des fonctions propres à une Constitution, et, partant de là, on peut affirmer l'existence d'une Constitution européenne, au sens descriptif, empirique du terme, mais autonome.

1.1.2 Constitution dans un sens prescriptif

D'un point de vue prescriptif l'utilisation de la terminologie constitutionnelle dans le contexte supranational fait référence à l'imposition, par l'intermédiaire de normes juridiques, d'une certaine conduite humaine selon une sélection de valeurs. Cette sélection est spécifique à une certaine communauté humaine dans un moment historique précis; elle est protégée par des normes juridiques formellement instituées, selon des règles qui peuvent remplir les fonctions d'une Constitution. C'est ainsi que les règles établies d'un commun accord par les Etats membres de l'UE expriment, en effet, leur accord sur un certain choix de valeurs essentielles, et, dès lors, les lient valablement d'un point de vue juridique, et leur imposent une conduite qui risque d'être différente de celle qui leur aurait été possible en l'absence d'intégration européenne. La bonne foi et le principe *pacta sunt servanda* obligent les Etats à accepter de se soumettre à des traités dont, par ailleurs, ils sont les auteurs, et même à des juridictions internationales créées par ces traités pour en garantir le respect des normes.

La jurisprudence de la CJ, notamment celle du début, caractérisée par une inventivité prononcée, ne peut être comprise en l'absence de cette dimension constitutionnelle des traités fondateurs. Si le droit communautaire est autonome et dispose d'une cohérence interne cela est dû aux règles imposées par les traités, qui sont contraignantes pour les Etats membres. A leur tour, les Etats membres restent les maîtres du processus décisionnel en matière d'intégration. La CJ n'aurait pas pu identifier les traits spécifiques et originels qui caractérisent le droit communautaire s'il n'y avait pas un accord sur le *telos* d'un tel exercice, implicitement contenu dans les textes. Dans la mesure où les traités originaires de l'UE contribuent à définir un *telos* propre à l'entité supraétatique, différent de celui des Etats (membres), on peut affirmer qu'on est en présence d'une Constitution européenne autonome.

1.1.3 Constitution dans un sens analytique

D'un point de vue plus analytique, toute Constitution est un rempart contre l'arbitraire; elle protège les individus contre les abus des autorités publiques. Ainsi, la fonction de la protection des droits fondamentaux est inhérente au concept de Constitution et, à bien des égards, la Constitution de l'UE telle qu'identifiée selon les critères descriptifs et prescriptifs mentionnés plus haut, remplit aussi une fonction de protection des droits fondamentaux des citoyens européens. Dans ce sens il est significatif que la CJ ait déployé tous les efforts nécessaires pour définir les cadres juridiques de la protection des droits fondamentaux à l'intérieur de l'ordre juridique communautaire ou au moins autour de cet ordre normatif.

Dès le début de l'intégration européenne la CJ avait précisé que les individus disposent de droits subjectifs qu'ils peuvent invoquer directement devant les autorités étatiques.²¹ Par la suite, en partant des droits fondamentaux endogènes

²¹ Arrêt du 5 février 1963, Affaire 26/62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen* (Rec. 1963 p. 3).

peu nombreux au début (non-discrimination et libre circulation des travailleurs) et modestement protégés (selon les aléas du marché commun), tout en faisant preuve d'une grande disponibilité pour la recherche permanente d'une convergence entre les différentes visions (nationales et internationales) sur la protection des droits fondamentaux, la CJ est arrivée à développer sa propre conception, autonome, par rapport aux droits fondamentaux des citoyens européens. Aujourd'hui, alors qu'elle dispose non seulement d'un concept propre de droits fondamentaux, qui correspond aux spécificités de l'UE, mais aussi d'un instrument normatif sur mesure, la CJ semble d'autant plus soucieuse de sa fonction de protectrice des droits fondamentaux. C'est dans cet esprit de préoccupation pour ce qui est perçu comme un monopole juridictionnel naturel justement dû à l'autonomie de l'objet protégé, qu'il faut lire le Document de réflexion de la Cour de Justice sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH.²²

1.2 Constitutionnalisation comme autonomisation de l'ordre juridique de l'UE

La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE est un processus autonome non seulement en raison de ses prémisses, mais aussi de sa nature propre. Ainsi, le niveau supranational étant différent du niveau national ou international, il imprègne des traits qui lui sont caractéristiques tous les phénomènes qui se produisent dans son domaine, ce qui le distingue de processus semblables (étatiques ou internationaux). La nouveauté et l'originalité de l'intégration européenne trouvent leur écho dans l'autonomie de la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE.

A tous les niveaux où elle se manifeste la constitutionnalisation reste un processus dont la dynamique est difficilement prévisible, mais qui peut se résumer à un encadrement de plus en plus strict des compétences décisionnelles (politiques) par des normes juridiques dont l'efficacité est assurée par un juge censé garantir la primauté de son acte fondateur. Pour ce qui est de l'UE on a employé le vocable « constitutionnalisation » pour désigner le processus de formation progressive d'un nouvel ordre juridique dans le domaine des relations internationales par la délimitation des relations relatives à l'intégration à l'intérieur de l'ensemble des relations internationales fondées sur la coopération ou la collaboration. Autour de la spécificité de cette intégration gravite tout un ensemble normatif assorti d'une garantie juridictionnelle, ce qui engendre une dynamique qui n'est propre qu'à ce microcosme, autonome par rapport aux autres ordres juridiques qui l'entourent. La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE se réfère donc au

²² http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_fr_2010-05-21_12-10-16_11.pdf (consulté le 10 février 2012).

²³ Möhlers 2011, p. 195.

développement de l'autonomie de cet ordre juridique, à sa séparation du contexte intergouvernemental²³ des origines et à son évolution ultérieurement indépendante.

Soyons clairs: il s'agit bien d'un processus qui se produit à l'intérieur d'un ensemble normatif structuré, mais d'une autre nature que l'interaction entre une loi fondamentale nationale et le reste de la hiérarchie normative qui lui est subséquente. Bien que la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE suppose aussi des interactions entre les sources originaires et les sources dérivées, l'accent n'est pas mis ici sur cet aspect, mais sur le contexte qui particularise ces sources. Certes, la primauté du droit de l'UE reste l'un des principes fondamentaux de l'intégration, mais ce sont les caractéristiques intrinsèques de cette dernière qui fournissent à la constitutionnalisation de l'UE son autonomie. On a donc à faire à une constitutionnalisation qui est unique car spécifique à l'UE, et qui est autonome car l'intégration a réussi son propre pari d'autonomie dans la sphère des relations internationales. Cette constitutionnalisation conçue comme une autonomisation de l'ordre juridique de l'UE devra affronter des dangers exogènes tels qu'une potentielle multiplication des phénomènes d'intégration dans le monde, ou les globalisation et libéralisation croissantes des relations internationales, ou encore les pluralisme et enchevêtrement des ordres juridiques contemporains, mais pour l'instant il suffit de constater qu'elle reste autonome car endogène à l'UE.

Nul besoin de revenir sur une jurisprudence qui a désormais acquis valeur de norme juridique. La CJ est pleinement compétente²⁴ et l'a affirmé avec force depuis le début²⁵: la primauté du droit de l'UE est garantie par rapport aux ordres juridiques des Etats membres. Toutefois, il convient de se rappeler que la primauté du droit de l'UE n'est pas et ne peut pas être absolue; comme déjà précisé auparavant, elle n'est pas le synonyme (pas encore, ou – en tout cas – pas sans discussions) d'une suprématie par rapport à l'ensemble du droit constitutionnel des Etats membres car elle a pour limites les droits fondamentaux des citoyens européens.²⁶ En effet, il s'agit ici des droits fondamentaux garantis aux citoyens par leurs constitutions nationales et non pas au niveau de l'UE; il est désormais bien établi que l'essor connu par la jurisprudence de la CJ portant sur l'identification d'une catégorie autonome de droits fondamentaux au sein de l'UE n'aurait pas été possible sans la pression qui a été exercée par certains juges constitutionnels nationaux. Les droits fondamentaux de l'UE se sont définis et construits en même temps contre et en parallèle avec les droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales et, parfois, à la lumière des droits de l'homme tels que protégés par les documents internationaux. Alors que certaines cours constitutionnelles ont pu estimer, par le passé, que les droits fondamentaux au sein de

²⁴ Voir art. 267 TFUE, ex-art. 234 TCE, ex-art. 177 TCEE.

²⁵ Arrêt du 15 juillet 1964, Affaire 6-64, *Costa/E.N.E.L.* (Rec. 1964 p. 1141); Arrêt du 6 mars 1979, Affaire 92/78, *Simmmenthal/Commission* (Rec. 1979 p. 777); Arrêt du 19 juin 1990, Affaire C-213/89, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* (Rec. 1990 p. I-2433), Arrêt du 11 janvier 2000, Affaire C-285/98, *Kreil* (Rec. 2000 p. I-69).

²⁶ Rossi 2002, p. 32.

²⁷ Voir note n°6.

²⁸ Reestman 2008, p. 200.

l'UE et au niveau national ne jouissaient pas du même niveau de protection,²⁷ la Cour de Justice a constamment clamé l'originalité de la construction européenne et, partant, la spécificité de la protection des droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union, cherchant en permanence à développer des standards qui lui soient propres.

Mais dans cette dynamique, qui mène vers une spirale toujours plus protectrice des droits fondamentaux dans l'UE,²⁸ on peut constater un phénomène assez intéressant: alors que la CJ revendique, et à juste titre, le mérite d'avoir créé - presque *ex nihilo* - les droits fondamentaux pour combler le silence normatif initial des traités, elle manifeste aussi une certaine tendance à protéger l'ordre juridique auquel elle appartient contre des valeurs qui, au départ, lui étaient sinon complètement étrangères du moins (un peu) extérieures. Toute juridiction internationale est censée protéger et mettre en œuvre l'ordre juridique qui l'a créée, mais en faisant cela elle ne doit pas oublier les valeurs sous-jacentes de cet ordre juridique, au titre desquelles les droits fondamentaux figurent au premier rang. L'opposabilité parfois assez variable des droits fondamentaux au sein de l'UE a déjà fait l'objet de moult débats dans la doctrine, de même que ce qui a pu être perçu comme une certaine retenue de la part de la CJ en matière de contentieux en annulation par rapport aux actes normatifs de l'UE.²⁹ Et ce malgré le fait que la CJ ait clairement pris position en faveur d'un encadrement juridique de plus en plus rigoureux des compétences supranationales spécifiques à l'UE afin de mieux prendre en compte les droits et intérêts des citoyens européens, en allant parfois jusqu'à mettre en doute la validité dans l'UE de mesures ou actes pris par d'autres organisations internationales.³⁰

L'ordre juridique autonome de l'UE dispose donc d'un concept autonome de droits fondamentaux et se caractérise par un processus autonome de constitutionnalisation à travers une jurisprudence riche, constante et toujours évolutive de la part de la CJ. Cependant, cette véritable obsession de l'autonomie que semble présenter l'UE ne doit pas dissimuler une réalité somme toute naturelle: la protection des droits fondamentaux y est on ne peut plus anodine, c'est-à-dire contextuelle.

2 Contextualisation des droits fondamentaux

La conception individualiste est au cœur même de la construction européenne; cette vision³¹ explique le fait que l'individu ne soit plus considéré comme l'objet, mais comme sujet actif du droit de l'UE; elle rend possible l'application de la théorie de l'effet direct comme règle dans le droit de l'UE et non pas comme exception

²⁹ Voir *infra* 2.1.1.

³⁰ Arrêt du 11 octobre 2007, Affaire C-117/06, *Möllendorf et Möllendorf - Niehuus* (Rec. 2007 p. I-8361); Arrêt du 27 février 2007, Affaire C-355/04 P, *Segi e.a./Conseil* (Rec. 2007 p. I-1657); Arrêt du 21 septembre 2005, Affaire T-315/01, *Kadi/Conseil et Commission* (Rec. 2005 p. II-3649).

³¹ Pescatore 1983, p. 155 et s.

(ce qu'elle est toujours au niveau du droit international classique). Il est vrai que certaines réminiscences de l'approche purement fonctionnaliste, propre au début de la construction européenne, subsistent et que même récemment on a pu entendre des voix qui se sont insurgées contre l'excès de protection des droits fondamentaux au détriment du libéralisme économique. Pour certains, la notion de 'dignité' recouvre aussi bien un sens social qu'un sens humain, et alors que ce dernier semble dominer le débat européen contemporain, l'excès de protection de valeurs dotées d'un important degré d'incertitude finit par peser sur la liberté contractuelle, raison pour laquelle l'enthousiasme pour leur intronisation sur la scène européenne sous la forme de la constitutionnalisation de l'UE devrait être tempéré.³² Néanmoins, ces voix restent de plus en plus isolées. Les droits individuels ont été essentiels pour la constitutionnalisation de l'UE, bien qu'au commencement il ne fût pas encore question de droits fondamentaux, car l'intégration européenne a d'abord été intergouvernementale et économique. Le dépassement du fonctionnalisme et l'inclusion du politique dans la sphère de l'intégration européenne ont été accomplis petit à petit, au trot ou au galop selon le contexte. De nos jours les droits fondamentaux ont pris le devant de la scène européenne en raison de leur valeur symbolique, qui touche à la théorie des valeurs, mais aussi pour des raisons pratiques, car le succès de l'intégration a pour « effet collatéral » une augmentation des atteintes potentielles qui peuvent leur être portées aussi bien par les institutions et agences de l'UE, que par les Etats membres.

2.1 *La portée relative des droits fondamentaux*

La CJ se développe de plus en plus dans la direction d'une juridiction gardienne des droits fondamentaux.³³ Ce constat peut paraître banal aujourd'hui, mais il l'est moins si on se rappelle les débuts plutôt hésitants de la CJ en la matière. Dans un contexte où l'intégration gagne constamment en vitesse, portée et profondeur, le contrôle juridictionnel des institutions et agences de l'UE se doit d'être plus vigilant et changer d'objectif: le rapprochement toujours croissant entre les Etats doit se faire dans le respect de plus en plus strict des droits des citoyens. Afin d'atteindre cet objectif, la CJ a déployé tout l'instrumentaire en sa possession et l'a mis en œuvre aussi bien à l'endroit des destinataires naturels que sont les institutions, agences et autres organismes de l'UE, qu'à l'adresse des destinataires qui s'y attendaient moins – les Etats membres.

³² Marella 2006, p. 271.

³³ Gaudin 2011, p. 1313; Kühling 2011, p. 481.

³⁴ *Internationale Handelsgesellschaft*, précitée n°5, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, précitée n° 11.

³⁵ *Nold KG/Commission* précitée n° 10.

2.1.1 Opposabilité des droits fondamentaux à l'UE

L'effet contraignant des droits fondamentaux est censé s'appliquer en premier lieu aux institutions, agences et autres organismes de l'UE. La CJ l'a fait valoir aussi bien à l'égard des actes normatifs³⁴ de ces institutions, qu'à l'égard de leurs actes individuels³⁵ sans rencontrer une véritable résistance.

Cependant, il est possible de discerner une certaine flexibilité en la matière selon l'institution concernée, dans la mesure où la CJ semble manifester une légère préférence pour les compétences du Parlement au détriment du Conseil ou de la Commission.³⁶ Par ailleurs, rétrospectivement, le Parlement a plus contribué au développement des droits fondamentaux que les autres institutions ou agences de l'UE; ses compétences et son rôle, notamment dans le (maintenant défunt) troisième pilier de l'UE, l'ont amené plus souvent à s'ériger en requérant devant la CJ afin de faire annuler des actes pris par les autres institutions sans considération suffisante pour les droits fondamentaux des citoyens européens.³⁷

De plus, la question de l'opposabilité des droits fondamentaux devient délicate dans l'éventualité d'une comparaison entre les différents types de destinataires, institutionnels ou étatiques. On a même parlé du double standard qui serait

³⁶ Illustratives de cette situation sont les décisions de la Cour sur l'annulation de la décision 2004/496/CE du Conseil, du 17 mai 2004, concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure et sur l'annulation de la décision 2004/535/CE de la Commission, du 14 mai 2004, relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des États-Unis d'Amérique - Arrêt du 30 mai 2006, Affaires jointes C-317/04 et C-318/04, *Parlement/Conseil* (Rec. 2006 p. I-4721).

³⁷ Arrêt du 27 juin 2006, Affaire C-540/03, *Parlement/Conseil* (Rec. 2006 p. I-5769).

³⁸ *Cartabia* 2009, p. 5 et s.

³⁹ *Rossi* 2002, p. 38.

⁴⁰ Si en 2001 dans l'Arrêt du 21 septembre 2005, Affaire T-315/01, *Kadi/Conseil et Commission* (Rec. 2005 p. II-3649) et l'Arrêt du 21 septembre 2005, Affaire T-306/01, *Yusuf et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* (Rec. 2005 p. II-3533) le Tribunal avait rejeté les demandes faites pour la protection des droits fondamentaux, en 2006 dans l'Arrêt du 12 décembre 2006, Affaire T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil* (Rec. 2006 p. II-4665) il a fait un revirement de jurisprudence, alors qu'en 2008 dans l'Arrêt du 3 septembre 2008, Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* (Rec. 2008 p. I-6351) la Cour de justice a renversé la solution du tribunal dans l'Arrêt du 21 septembre 2005, Affaire T-315/01, *Kadi/Conseil et Commission* (Rec. 2005 p. II-3649).

⁴¹ A titre d'exemple, voir: Arrêt du 1er décembre 2005, Affaire C-14/04, *Dellas e.a.* (Rec. 2005 p. I-10253), Ordonnance du 3 juillet 2001, Affaire C-241/99, *CIG* (Rec. 2001 p. I-5139), Arrêt du 11 juillet 2002, Affaire C-60/00, *Carpenter* (Rec. 2002 p. I-6279), Arrêt du 23 septembre 2003, Affaire C-109/01, *Akrich* (Rec. 2003 p. I-9607), Arrêt du 4 octobre 1991, Affaire C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan e.a.* (Rec. 1991 p. I-4685), *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, précitée n°5, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, précitée n° 11.

favorable soit au niveau supranational,³⁸ soit au niveau des Etats membres.³⁹ En effet, pour la période d'avant l'adoption de la Charte des droits fondamentaux il est plutôt difficile de citer des annulations d'actes normatifs de l'UE pour pure méconnaissance des droits fondamentaux autres que celle à laquelle ont donné lieu les affaires *Handelsgesellschaft et Hauer*, alors que la jurisprudence plus récente fait une place beaucoup plus large aux débats sur cette question.⁴⁰ En revanche, la liste des décisions qui condamnent les Etats membres semble bien fournie et uniformément répartie dans le temps,⁴¹ indépendamment de la protection qui serait offerte à ces mêmes droits fondamentaux par ces mêmes Etats membres soit au niveau national, soit du fait de la protection régionale (CEDH) ou internationale (Pactes internationaux et autres déclarations ou conventions internationales) auxquels ils auraient adhéré de leur propre gré.

2.1.2 Opposabilité des droits fondamentaux aux Etats membres

En effet, c'est par rapport aux Etats membres que la CJ a déployé entièrement son attitude proactive, en élargissant sa protection en dehors des limites strictes de la construction européenne⁴² jusqu'au niveau où les Etats membres agissent dans « le domaine d'application du droit de l'UE ». ⁴³ La formule, quelque peu exorbitante, a été désormais réduite dans sa portée et consacrée expressément par la Charte des droits fondamentaux (article 6 para.2 corroboré par l'article 51 para. 2) sous la formule d'un contrôle qui vise l'action des Etats membres dans la mise en œuvre du droit de l'UE. Ainsi, la protection des droits fondamentaux de l'UE est opposable non seulement aux « institutions, agences et organismes de l'UE », mais aussi aux actes normatifs, réglementaires et aux agissements des Etats membres lorsque ces derniers « mettent en œuvre le droit de l'UE ». On touche ici à une dimension importante des effets verticaux des droits fondamentaux dans l'UE, qui n'inclut pas leur potentielle opposabilité directe dans les relations entre particuliers.

En réalité, les Etats membres sont susceptibles de se faire contrôler lorsqu'ils mettent en œuvre le droit dérivé de l'UE⁴⁴ et lorsqu'ils appliquent de simples

⁴² En faveur d'une position minimale, mais qui n'a pas été suivie par la CJ, voir les conclusions de l'Avocat général Trabucchi dans l'Arrêt du 7 juillet 1976, Affaire 118/75, *Watson et Belmann* (Rec. 1976 p. 1185).

⁴³ Arrêt du 30 septembre 1987, Affaire 12/86, *Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd* (Rec. 1987 p. 3719); Arrêt du 11 juillet 1985, Affaire 60 et 61/84, *Cinéthèque/Fédération nationale des cinémas français* (Rec. 1985 p. 2605); *Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan e.a.* précitée n° 41; Arrêt du 30 mars 1993, Affaire C-168/91, *Konstantinidis/Stadt Altensteig et Landratsamt Calw* (Rec. 1993 p. I-1191); Arrêt du 29 mai 1997, Affaire C-299/95, *Kremzow/Republik Österreich* (Rec. 1997 p. I-2629).

⁴⁴ Arrêt du 15 mai 1986, Affaire 222/84, *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (Rec. 1986 p. 1651).

⁴⁵ Arrêt du 13 juillet 1989, Affaire 5/88, *Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (Rec. 1989 p. 2609).

⁴⁶ Gaudin 2011, p. 1316.

mesures administratives de mise en œuvre en tant qu'agents d'exécution du droit de l'UE.⁴⁵ Récemment, la CJ semble particulièrement attentive de ne pas dépasser la délicate limite entre « mise en œuvre du droit de l'UE » (article 51 de la Charte) et toute action des Etats membres qui pourrait mettre en cause un droit fondamental protégé au niveau supranational, bien que sa jurisprudence ait connu des fluctuations et manifeste encore une tendance à dépasser le seuil du contrôle minimal.⁴⁶ Ainsi, après avoir courageusement inclus l'action des Etats membres dans le domaine de sa compétence, elle a continué et affirmé que lorsque les Etats membres veulent restreindre un droit fondamental protégé au niveau de l'UE, cette restriction doit prendre en compte le régime juridique de ce droit tel qu'il est défini par l'ordre juridique de l'UE.⁴⁷ Plus tard, elle est arrivée au considérant de principe suivante: « lorsque la législation nationale rentre dans le domaine d'application du droit de l'UE »,⁴⁸ laquelle semble ne pas apprivoiser toutes les craintes, ni satisfaire toutes les exigences.⁴⁹

Dans ce contexte une riche jurisprudence⁵⁰ a confirmé la conclusion selon laquelle la Cour de Justice est au moins tout aussi demanderesse à l'égard des Etats membres qu'en ce qui concerne les institutions, agences et organismes de l'UE en matière de droits fondamentaux.

En effet, la recherche permanente de niveaux de protection les plus élevés en matière de droits fondamentaux nous fait assister à de véritables « modes ». Si dans un premier temps la CJ a précisé qu'elle était compétente pour vérifier le respect des droits fondamentaux européens par les actes normatifs ou les agissements des Etats membres dans la mesure où ces derniers rentrent dans « le domaine d'application du droit de l'UE », dans un deuxième temps les Etats membres ont invoqué la nécessaire protection des droits fondamentaux au niveau national en tant que justification pour les dérogations qu'ils demandaient au droit de l'UE.⁵¹ Sous l'influence de la Charte des droits fondamentaux, norme de référence légitime, autonome et surtout efficace⁵² dans le domaine des droits fondamentaux européens, et de sa fonction salubre d'encadrement du pouvoir arbitraire de l'UE, y compris de l'éventuel appétit de la CJ vers un activisme

⁴⁷ Arrêt du 18 juin 1991, Affaire C-260/89, *ERT/DEP* (Rec. 1991 p. I-2925).

⁴⁸ Arrêt du 25 mars 2004, Affaire C-71/02, *Karner* (Rec. 2004 p. I-3025).

⁴⁹ Lawson 2005, p. 239 et s.

⁵⁰ *Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd* (Rec. 1987 p. 3719), précitée n° 43; *Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan e.a.*, précitée n°41; *Konstantinidis/Stadt Altensteig et Landratsamt Calw*, précitée n° 43; *Carpenter*, précitée n°41; Arrêt du 6 novembre 2003, Affaire C-101/01, *Lindqvist* (Rec. 2003 p. I-12971); *Karner*, précitée n°48, etc.

⁵¹ *Kreil*, précitée n° 25; Arrêt du 12 juin 2003, Affaire C-112/00, *Schmidberger* (Rec. 2003 p. I-5659); Arrêt du 14 octobre 2004, Affaire C-36/02, *Omega* (Rec. 2004 p. I-9609).

⁵² Tanasescu 2010, p. 15 et s.

exagéré en matière de protection de ces droits, on pourrait assister à un nouveau revirement et voir la Cour prendre encore une fois l'initiative dans le cadre de cette spirale, initiative cette fois quelque peu domptée par un encadrement juridique pertinent. Cette possibilité a d'autant plus de chances de se réaliser que l'imminente adhésion de l'UE à la CEDH met la CJ dans une situation paradoxale et cruciale. Le Document de réflexion de la Cour de Justice sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH tout comme sa jurisprudence de 2010 et 2011 laissent entendre que la CJ a l'intention de faire en sorte que la protection accordée aux droits fondamentaux au sein de l'UE soit non seulement autonome,⁵³ mais aussi beaucoup plus étendue et élevée que celle organisée autour de la CEDH⁵⁴ ou du droit national.⁵⁵

Toutefois, dans la mesure où le contrôle exercé par la juridiction de l'UE sur les Etats membres, et plus encore sur les Etats candidats à l'adhésion,⁵⁶ est difficilement classable dans la catégorie contrôle interne *de* l'UE, mais reste plutôt un contrôle interne *dans* l'UE, afin d'assurer non seulement une meilleure protection des droits fondamentaux, mais aussi une meilleure adhésion des citoyens au projet européen, il n'est pas certain qu'un renforcement des compétences de l'UE en dépit des Etats membres soit un facteur automatiquement positif. La CJ l'a bien compris lorsqu'elle a adopté des positions conciliantes par rapport aux procédures internes de protection des droits fondamentaux constitutionnels des citoyens européens.⁵⁷ La Charte des droits fondamentaux pourrait avancer dans cette niche déjà créée, et faire valoir son utilité en préservant l'équilibre entre un contrôle trop intrusif et un laxisme trop dangereux au sein de l'UE en matière de droits fondamentaux. Une bonne illustration de ce raisonnable souhaitable serait la position suivante déjà prise par la Cour en 2004: « lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect. En revanche, la Cour n'a pas cette compétence à l'égard d'une réglementation qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire et lorsque l'objet du litige ne présente aucun élément de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par les dispositions des traités ».⁵⁸

⁵³ CJUE Arrêt du 7 décembre 2010, Affaire C-439/08, *VEBIC* (non encore publiée); Arrêt du 29 juin 2010, Affaire C-550/09, *E et F* (Rec. 2010 p. I-6213).

⁵⁴ Ordonnance du 12 novembre 2010, Affaire C-339/10, *Asparuhov Estov e.a.* (non encore publiée); Arrêt du 5 octobre 2010, Affaire C-400/10 PPU, *MCB* (non encore publiée).

⁵⁵ CJUE Arrêt du 9 mars 2010, Affaire C-518/07, *Commission/Allemagne* (Rec. 2010 p. I-1885).

⁵⁶ Komarek 2005 <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/7> (consulté le 10 février 2010).

⁵⁷ Arrêt du 22 juin 2010, Affaires jointes C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli* (Rec. 2010 p. I-5667) ou encore Arrêt du 9 novembre 2010, Affaires jointes C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke et Eifert* (non encore publiée).

⁵⁸ Ordonnance du 6 octobre 2005, Affaire C-328/04, *Vajnai* (Rec. 2005 p. I-8577).

⁵⁹ Entretien avec Skouris 2011, p. 3.

2.1.3 Opposabilité des droits fondamentaux de l'UE au niveau international

Beaucoup d'encre a coulé sur le sujet d'un éventuel contrôle externe à l'UE qui aurait des mérites s'il pouvait être exercé avec la même intensité et de la même manière aussi bien sur les institutions et agences européennes que sur les États membres; cela a été d'ailleurs une des motivations de l'adhésion projetée de l'UE à la CEDH.⁵⁹ Et il est vrai que les entités juridictionnelles ou panels gardiens des instruments internationaux ont fait preuve d'une certaine déférence à l'égard de l'UE, même si, parfois, la CEDH a dépassé le stade de la simple reconnaissance d'un « niveau de protection équivalent »,⁶⁰ et a fait savoir que la protection des droits de l'homme ne devait pas « glisser entre les fissures » d'une répartition des compétences de plus en plus baroque au sein de l'UE.⁶¹

Cependant, il serait, peut-être, tout aussi légitime de renverser les termes dans lesquels cette éternelle question est posée. Dans le cadre du classique débat sur les effets et l'effectivité d'un contrôle exogène sur la manière dont l'UE respecte et protège les droits fondamentaux autonomes qu'elle s'est efforcée d'identifier et de rendre opérationnels, on oublie souvent que le référentiel employé est universel mais contextuel, et qu'il serait tout aussi légitime de se poser la question en sens inverse, à savoir dans quelle mesure la CJ a pu faire valoir les droits fondamentaux spécifiques à l'UE dans les forums internationaux. Or, si l'on analyse attentivement la jurisprudence de la CJ, on observe que son courage se manifeste non seulement à l'intérieur de l'UE par rapport aux institutions, agences et autres organismes européens, de même que par rapport aux États membres et leurs autorités publiques, mais aussi à l'égard de la communauté internationale, c'est-à-dire à l'extérieur de l'UE.⁶² Ainsi, la CJ a déjà procédé à l'interprétation des mesures prises par le Conseil de l'UE dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies,⁶³ ou encore à la vérification de leur légalité,⁶⁴ ou même à leur invalidation.⁶⁵ Cela revient à dire que l'efficacité des droits fondamentaux autonomes de l'UE peut se révéler y compris à travers leur capacité à réduire de potentiels conflits entre divers ordres juridiques dans le cadre du pluralisme ambiant, en facilitant leur résolution autour de standards universels bien que flexibles.

⁶⁰ Principe énoncé par l'ancienne Commission Européenne des Droits de l'Homme dans la Décision de la Commission du 9 février 1990, Affaire *M. & Co. c. République fédérale d'Allemagne* (Requête n° 13258/87, Décisions et rapports (DR) 64, p. 146).

⁶¹ Représentative de cette approche reste CEDH, Arrêt du 18 février 1999, Affaire *Matthews c. Royaume-Uni* (Requête n° 24833/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-I).

⁶² de Wet 2009, p. 284 et s.

⁶³ Arrêt du 30 juillet 1996, Affaire C-84/95, *Bosphorus/Minister for Transport, Energy and Communications e.a.* (Rec. 1996 p. I-3953); Arrêt du 11 octobre 2007, Affaire C-117/06, *Möllendorf et Möllendorf - Niehuus* (Rec. 2007 p. I-8361).

⁶⁴ *Segi e.a./Conseil*, précitée n°30.

⁶⁵ Comme la suite des affaires dites 'Kadi' le montre fort bien. Voir note n° 40.

2.2 Une universalité à géométrie variable

La reconnaissance théorique et politique des droits de l'homme en tant que standard international ne peut pas cacher la flexibilité de leur efficacité juridique. La portée des droits fondamentaux est relative, y compris pour l'UE; aussi paradoxal que cela puisse paraître, leur valeur universelle n'est pas absolue, mais reste dépendante du contexte dans lequel ils sont mis en œuvre. Ainsi, l'universalité des droits et libertés fondamentales peut être déclinée selon un critère subjectif (titulaires et bénéficiaires) et un critère objectif (espace).

2.2.1 Titulaires et bénéficiaires des droits fondamentaux

Déjà avant l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux la question des titulaires et bénéficiaires était assez délicate. La lente expansion de la sphère des titulaires de la liberté de circulation des travailleurs aux citoyens reste l'illustration la plus emblématique de la transformation qu'a connue l'intégration européenne d'économique en constitutionnelle, et accompagne l'affirmation même du concept de droits fondamentaux dans l'UE. De par sa fonction objective et sa vocation comparatiste, le principe de non-discrimination a pu servir les objectifs d'élargissement des bénéficiaires des droits fondamentaux de l'UE. La CJ dispose déjà d'une jurisprudence consolidée portant sur les ressortissants européens, les citoyens des pays avec lesquels l'UE a conclu des accords d'association⁶⁶ ou encore sur les ressortissants des pays tiers.⁶⁷

L'entrée sur scène d'un instrument juridique additionnel à vocation universelle ne fera que renforcer cette tendance à l'expansion de l'universalité relative des droits fondamentaux de l'UE. En effet, certaines dispositions de la Charte telles « toute personne » (art. 2 para. 1, art. 3 para. 1, art. 6, art. 7, art. 8 para. 1, art. 10, art. 11, art. 12, etc.) ou « nul » (art. 2 para. 2, art. 4, art. 5, art. 19 para. 2,

⁶⁶ La Cour de Justice a estimé, en général, que les dispositions anti-discriminatoires de tels accords internationaux contiennent des obligations suffisamment claires et précises pour les rendre applicables aux ressortissants de ces pays. Dans ce sens voir Arrêt du 27 septembre 2001, Affaire C-63/99, *Gloszczuk* (Rec. 2001 p. I-6369); Arrêt du 27 septembre 2001, Affaire C-235/99, *Kondova* (Rec. 2001 p. I-6427); Arrêt du 27 septembre 2001, Affaire C-257/99, *Barkoci et Malik* (Rec. 2001 p. I-6557).

⁶⁷ Arrêt du 11 mars 1997, Affaire C-13/95, *Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung Krankenhaus-service* (Rec. 1997 p. I-1259).

⁶⁸ Voir CEDH, Arrêt du 12 décembre 2001, Affaire *Bankovic et autres c. Belgique et autres* (Requête n° 52207/99, Recueil des arrêts et décisions 2001-XII); CEDH, Arrêt du 8 juillet 2004, Affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* (Requête n° 48787/99, Recueil des arrêts et décisions 2004-VII); CEDH, Arrêt du 16 novembre 2004, Affaire *Issa et autres c. Turquie* (Requête n° 31821/96); CEDH, Arrêt 12 mai 2005, Affaire *Öcalan c. Turquie* (Requête n° 46221/99, Recueil des arrêts et décisions 2005-IV). Voir aussi Benoît-Rohmer 2005 http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=120&id_rubrique=9 (consulté le 10 février 2010).

etc.) laissent entendre qu'elle s'adresse à tous les êtres humains. En matière de protection des droits au niveau régional cela ne va pas sans rappeler la disposition de l'art. 1 de la CEDH, qui proclame l'obligation pour les Hautes Parties contractantes de respecter les droits de l'homme à « toute personne relevant de leur juridiction », ainsi que les constructions juridiques auxquelles la Cour EDH a dû recourir lorsque la question de la définition de ce concept s'est posée.⁶⁸ Au vu de tout ce qui a été dit précédemment sur l'évolution des droits fondamentaux au sein de l'UE il n'est pas déraisonnable de songer que la tendance universaliste sera renforcée et que le bénéfice des droits fondamentaux sera accordé à tous ceux qui relèvent de la juridiction de l'UE. Cela serait conforme aux standards internationaux dans le domaine de la protection des droits de l'homme et en harmonie avec les textes et les pratiques constitutionnelles des Etats membres en matière des droits fondamentaux.

Toutefois, la constitutionnalisation toujours croissante de l'UE a entraîné dans la sphère des droits fondamentaux non seulement des droits justiciables, mais aussi des principes novateurs, de type socio-économique, dont la portée pratique reste à déterminer. Tel est le cas notamment avec la Charte des droits fondamentaux, qui consacre nombre de principes sans véritables traits de droit subjectif. Le fait que, dans les traditions constitutionnelles de certains Etats membres, et notamment de la Grande Bretagne, l'approche envers ces principes qui ont vocation à se transformer en droits consiste plutôt à les faire protéger par des mécanismes légitimés démocratiquement (pouvoirs politiques) que par des instruments légitimés par l'argumentation (juridictions), explique le régime flexible instauré pour la Charte des droits fondamentaux⁶⁹ et permet de mieux saisir ce qu'on appelle ici la contextualisation des droits fondamentaux. En effet, dans la doctrine on s'est même demandé si les droits fondamentaux reconnus au sein de l'UE n'étaient pas plutôt des privilèges, dont seulement certains individus pourraient profiter.⁷⁰

2.2.2 Extraterritorialité de la Charte

Une des justifications les plus solides de l'apparition de l'article 7 TUE dans le paysage normatif de l'UE réside dans le caractère universel des droits fondamentaux. Toutefois, cette disposition ne règle au niveau institutionnel⁷¹ que les situations qui pourraient apparaître à l'intérieur de l'UE. Est-ce la vocation

⁶⁹ Protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, JO 2007/C 306/01.

⁷⁰ Möllers 2011, p. 197.

⁷¹ La Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'article 7 du Traité sur l'Union Européenne – Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'union est fondée (COM/2003/0606 final) précise que ce mécanisme, pour autant qu'il dispose d'une portée horizontale et générale et ne se limite pas au champ d'application du droit de l'Union, n'a pas vocation non plus à résoudre des cas individuels.

universelle des droits fondamentaux de constituer un fondement valable pour une promotion active de ces valeurs également à l'extérieur de l'UE?

On a vu que la CJ a su faire imposer des droits fondamentaux autonomes pour l'UE même à des ordres juridiques qui lui étaient extérieurs, mais les affaires citées concernaient une application du droit de l'UE sur le territoire de l'UE. Serait-elle en mesure d'en faire autant si les titulaires et bénéficiaires potentiels des droits fondamentaux se trouvaient à l'extérieur du territoire couvert par l'ordre juridique de l'UE? Répondre à cette question revient à considérer possible, voire nécessaire, l'exercice extraterritorial des compétences personnelles dont se trouvent investies certaines institutions régionales en vertu du fait que plusieurs Etats, fondateurs de ces mêmes institutions, se sont mis d'accord sur une protection renforcée des droits individuels de leurs nationaux. On sait désormais que la CEDH a donné une réponse affirmative à une question semblable, mais toujours fort circonstanciée.⁷² On sait également que, dans l'état actuel des relations internationales il serait difficile d'apporter une réponse générale à cette question, somme toute beaucoup trop vague, mais, de nouveau, le rôle de la Cour de Justice sera essentiel, car il serait intéressant de voir si elle va continuer sur la voie ouverte par l'affaire *Lindqvist*.⁷³

3 Conclusion

Si à ses débuts l'intégration européenne a été critiquée en raison d'une certaine instrumentalisation de l'individu au profit d'objectifs d'ordre général, au fur et à mesure de son développement et approfondissement elle a connu d'importantes mutations. De l'époque fonctionnaliste, qui favorisait des finalités supranationales presque exclusivement en matière économique, l'intégration s'est élargie pour intégrer aussi le niveau politique et a, pour ce faire, changé de méthode en faveur d'instruments empruntés au constitutionnalisme, qui mettent au centre de leurs préoccupations les droits fondamentaux des individus. Une telle métamorphose ne s'est pas produite dans le néant. En réalité, l'Europe disposait déjà avant l'Union Européenne d'une riche culture dans le domaine de la protection des droits individuels. Les évolutions de date récente en la matière ne font que confirmer et faire avancer l'état général des choses. Toutefois, dans ce contexte il ne nous semble pas exagéré de poser la question d'une éventuelle saturation du citoyen européen le quel, confronté à un tel acharnement en faveur de ses droits et intérêts de la part de toutes les autorités et à tous les niveaux, risquerait peut-être de se lasser. Le

⁷² En préférant l'expression « toute personne relevant de leur juridiction » à celle de « toute personne résidant sur le territoire des Hautes Parties contractantes », la Convention a introduit volontairement une certaine ambiguïté. Dans le doute, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a interprété cette disposition comme ayant l'intention d'élargir l'application de la Convention aux personnes qui, sans avoir une résidence permanente sur le territoire des Etats contractants, dépendent de leur juridiction. Cohen-Jonathan 2002, p. 1069.

⁷³ *Lindqvist*, précitée n° 50; *Parlement/Conseil*, précitée n° 36.

danger d'un renversement de situation, où les droits fondamentaux passeraient de nouveau au second plan, n'est jamais très lointain. Pour empêcher un tel scénario, et faire de la reconnaissance des droits fondamentaux la limite de l'action des pouvoirs publics européens, le rôle de la CJ reste incontournable, bien que ce rôle s'analyse en des termes négatifs (de limitation) et non pas positifs (de construction). Néanmoins, la formation d'une authentique communauté configurée autour de valeurs culturelles communes, parmi lesquelles les droits fondamentaux doivent remplir un rôle essentiel de valeurs constitutionnelles, doit connaître comme point de passage obligatoire la phase d'une constitutionnalisation poussée et, dans l'accomplissement efficace de cette tâche, la CJ reste la mieux placée.

Références

- Benoît-Rohmer F (2005) Pour la construction d'un espace juridique européen de protection des droits de l'homme. http://europedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=120&id_rubrique=9. Consulté le 10 février 2010
- Bon P (1991) La constitutionnalisation du droit espagnol. *Revue française de droit constitutionnel* 5:35
- Cartabia M (2009) Europe and rights: taking dialogue seriously. *EuConst* 5:5
- Cohen-Jonathan G (2002) La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 52:1069
- Constantinesco V (2002) Des racines et des ailes – Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel. In: *Au carrefour des droits - Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, p 309 et s
- de Wet E (2009) The role of European courts in the development of a hierarchy of norms within international law: evidence of constitutionalisation ? *EuConst* 5:284
- Document de réflexion de la Cour de Justice sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_fr_2010-05-21_12-10-16_11.pdf. Consulté le 10 février 2012
- Fassbender B (2007) The meaning of international Constitutional law. In: Tsagourias N (éd) *Transnational constitutionalism—international and European perspectives*, Cambridge, p 307 et s
- Favoreu L (1997) La constitutionnalisation du droit. In: *L'Unité du droit - Mélanges en hommage à Roland Drago*, PUAM Economica, Paris, p 28 et s
- Gaudin H (2011) Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger* 5:1313
- Klabbers J (2004) Constitutionalism Lite. *Int Organ Law Rev* 1:31
- Komarek I (2005) Inter-court constitutional dialogue after the enlargement—implications of the case of university professor Köbler. *Croatian Yb Eur Law Policy* 1: <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/7>. Consulté le 10 février 2010
- Kühling J (2011) Fundamental rights. In: Bogdandy A von, Bast J (éds) *Principles of European constitutional law*. Hart Publishing & Verlag C.H. Beck, Oxford/München, p 479 et s
- Lawson R (2005) The contribution of the agency to the implementation in the EU of international and European human rights instruments. In: Alston Ph, Schutter O de (éds) *Monitoring fundamental rights in the EU*. Hart Publishing, Oxford and Portland, p 239 et s
- Marella MR (2006) The old and the new limits to freedom of contract in Europe. *Eur Rev Contract Law* 2:271
- Mayer F (2003) The European constitution and the courts—adjudicating European constitutional law in a multilevel system. <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-03.html>. Consulté le 10 février 2012

- Möhlrs Ch (2011) Pouvoir constituant—constitution—constitutionnalisation. In: Bogdandy A von, Bast J (éds) *Principles of European constitutional law*. Hart Publishing & Verlag C.H. Beck, Oxford/München, p 169 et s
- Muraru I, Tanasescu S (2001) La constitutionnalisation du droit roumain. In: *Le nouveau constitutionnalisme – Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, p 975 et s
- Pescatore P (1983) The doctrine of direct effect. *Eur Law Rev* 8:155
- Reestman JH (2008) Editorial. *EuConst* 4:200
- Rossi L S (2002) « Constitutionnalisation » de l'Union européenne et des droits fondamentaux. *Revue trimestrielle de droit européen* 39
- Simon D (2001) *Le système juridique communautaire*, PUF, passim
- Skouris V (2011) Entretien avec le Président de la Cour de Justice de l'Union Européenne, *RDP* 3
- Tanasescu S (2010) Carta drepturilor fundamentale a UE: avantajele si efectele ei pentru cetatenii europeni. *Revista româna de drept european* 4:15
- Verdross A (1926) *Die Verfassung des Völkerrechtsgemeinschaft*. Springer, Wien/Berlin, passim
- von Bogdandy A (2007) Recent trends in German and European Constitutional Law. Riedel E, Wolfrum R (eds) *Constitutional principles for Europe*, Springer, Hiedelberg, p 7

When Sovereignty Means So Much: The Concept(s) of Sovereignty, European Union Membership and the Interpretation of the Constitution of the Republic of Poland

Mirosław Wyrzykowski

Abstract Sovereignty is the watchword in Polish constitutional debate on European integration in politics, diplomacy and in the courtroom. The following is an attempt at a description of how the notion perseveres in the public life of the country. The idea of sovereignty not only inspired the constitutional regulation of the possibility of and the procedures for accession to the EU (1), but it also recurs throughout constitutional controversies such as the case concerning the unconstitutionality of the European Arrest Warrant finally rendered constitutional by way of a constitutional amendment (2), or the case in which the Constitutional Tribunal considered the constitutionality of the Treaty of Accession (3). The *Treaty of Lisbon* decision of the Constitutional Tribunal attempted to deflate the outdated intuitions of state sovereignty but associated national sovereignty with the legal safeguard of the moral and social order established by the state in its law (4) or—as some insist—in its national culture (5). The notion of sovereignty and constitutional identity also appears to underpin the decision to admit and circumscribe the constitutional review of EU secondary legislation of 2011 (6). The 2011 attempt at a constitutional amendment to finally comprehensively regulate Polish involvement in the European Union bears testimony to the perennial character of the traditional understandings of the concept of sovereignty (7). It appears therefore that there is a perennial interplay between the societal concept(s) of sovereignty and their legal expression in the constitutional regulation of the position of EU law in the domestic legal system, the domestic understanding of the principle of delegated powers of the EU and the supremacy of the national constitution. A comprehensive ‘European clause’ thus deserves its place in the first chapter of the Constitution.

Professor, University of Warsaw.

M. Wyrzykowski (✉)
University of Warsaw, Warsaw, Poland
e-mail: m.wyrzykowski@wpia.uw.edu.pl

1 The Idea of Sovereignty

The issue of state sovereignty has been the axis of contention and serious controversies concerning Poland's membership in the European Union. It is important to note that such a pivotal character of the notion is contingent on conceiving state sovereignty in the classical sense, i.e. in the same way as it was conceived in the nineteenth century. Whilst this is perhaps not perennial, the persistence of such intuitions is easily explained by the accidents of modern history of the country. In the years 1795–1918, Poland was divided and its territory was partitioned between the empire of Russia, Prussia and Austria. The country might have survived in the hearts and minds of its people but was only returned to the political maps of Europe in 1918. The country was reconstructed as an independent and sovereign state in the years 1918–1939 only to become subject to German occupation from 1939–1945 and to semi-independence in the years 1945–1989. There is therefore no redundancy in the Preamble to the Constitution as it states that the Constitution is made '*for the existence and future of our Homeland, [w]hich recovered, in 1989, the possibility of a sovereign and democratic determination of its fate*'.

The first act of the debate concerning the essence of the constitutional regulation of Poland's membership in the structures of the European Union took place in the constitution-making process in the years 1990–1997.¹ Conscious of the importance of such a regulation for the constitutional organisation of the state, the Constitutional Committee of the National Assembly adopted an arrangement under which the Republic of Poland could, '*by virtue of international agreements, delegate to an international organization or international institution the competence of organs of State authority in relation to certain matters*'. This constitutional device is fundamental as far as the consequences of such a '*delegation to an international organization or international institution*' are concerned. The clause was meant to be entrenched in the first chapter of the future Constitution. This is important in the Polish constitutional tradition. Primarily, the opening chapter of the Constitution spells out what is called 'fundamental constitutional principles of the system of government' bearing in mind that the Polish term for the 'system of government'—i.e. *ustrój*—is based on the metaphor of the state conceived as an organism. Accordingly, Polish constitutional scholarship has a technical term that is a little off the natural language in order to discuss the 'allocation' of some and not other provisions of *Chapter I—The Republic*. Secondly, the first chapter is often considered to preordain the meaning of the constitutional document as such. Indeed, the precepts of 'systemic interpretation' assign normative consequences to the structural position of the chapter within the document.

The very idea of 'allocating' the clause to the first chapter of the future Constitution thus inspired much controversy. The discussions that followed had

¹ Wyrzykowski 1999, p. 87.

both the principled and the political aspect. The general idea—and its actual verbalisation in constitutional argument—seems to have been that the constitutional disposition that was to regulate the essence of the sovereignty of the State was unacceptable as part of the catalogue of the fundamental constitutional principles of the system of government. The constitutional compromise was eventually hammered out and consisted in that the matter was to be regulated by the disposition of Article 90 of the Constitution and thus ‘allocated’ to *Chapter III—Sources of Law*.

Article 90 goes by the name of ‘European clause’ and covers also the position of the law enacted by relevant ‘*international organizations or international institutions*’ within the domestic legal order. The ‘European clause’ entrenched in Article 90 of the Constitution of the Republic of Poland contains substantial, procedural, as well as enabling norms regulating Polish membership in the European Union. Primarily, Article 90 is the legal basis for making the decision to ‘*delegate the competence of organs of State authority in relation to certain matters*’ onto an *international organization* or an *international institution*. The transfer of the exercise of state authority in certain matters onto an international organisation or institution can only be made on the basis of an international agreement. It is important to note that this kind of an international agreement can only be ratified in a special law-making procedure that is distinct from the usual procedure reserved for the ratification of international agreements. Two tracks of ratification have been provided and both illustrate the importance of the idea of sovereignty.

The Act of Parliament giving consent to the ratification of such an agreement providing for such a delegation ‘*to an international organization or international institution the competence of organs of State authority in relation to certain matters*’ is validly made by both the *Sejm* and the Senate acting at the supermajority requirement of 2/3 voting at a quorum of half of their statutory membership. This procedure is thus singular because the supermajority requirement applies to both chambers of the Parliament. The supermajority required in the Senate is more challenging than that provided for voting constitutional amendments. Constitutional amendment can be adopted by the *Sejm* by a majority of at least two-thirds of votes in the presence of at least half of the statutory number of Deputies but the Senate’s involvement is less significant because an absolute majority of votes in the presence of at least half of the statutory number of Senators is required. This uniform double supermajority requirement in both chambers of the Parliament was the response to the concern that accession to the European Union should be sufficiently demanding of the political process. After all, a not unimportant part of the public was convinced that membership in the European Union was synonymous with limiting the sovereignty of the State.

The import of the notion of sovereignty also underscores the constitutional regulation of the alternative popular referendum procedure for giving consent to the ratification of an international agreement delegating ‘*to an international organization or international institution the competence of organs of State authority in relation to certain matters*’. Besides the parliamentary consent to such

ratification, the Constitution provides for the consent to be given in a national referendum (Article 90(3) of the Constitution) as ordered by the *Sejm* (Article 90(3) of the Constitution). The delegation-of-state-authority referendum procedure is regulated in a way that mimics the relevant procedure assigned for constitutional amendments. The parallel pertains both to the procedural aspect as well as to the aspect of democratic legitimacy. The latter further corroborates the importance of membership in the European Union in the area of the system of government. Article 125 regulates the institution of a nationwide referendum ‘held in respect of matters of particular importance to the State’; the referendum can be called by 20 % of Deputies, 20 % of Senators and the President of the Republic when the constitutional amendment pertains to Chapter I—*The Republic*, Chapter II *The freedoms, rights and obligations of persons and citizens*—and Chapter XII—*Amending the Constitution* (Article 235(6) of the Constitution). According to Article 125(3) of the Constitution, the ‘result of a nationwide referendum shall be binding, if more than half of the number of those having the right to vote have participated in it’. Indeed, this procedure was accomplished for the purpose of giving consent to the ratification of the Accession Treaty in May 2004; 74.45 % of voters were in favour of the Polish membership in the European Union and 58.85 % of those having the right to vote participated.

The notion of sovereignty was thus the basic term of reference for any constitutional argument over the years only to become a durable part of the political landscape that is present in all controversies concerning European integration. This observation was and still is true for controversies of political and legal nature. The Constitutional Tribunal adjudicates on the constitutionality of the international agreements that give rise to successive international obligations of the Republic in the process of European integration. All elements of the concise formula of the ‘European clause’ have been analysed by the Constitutional Tribunal. All of its decisions take the state and national sovereignty as their *Leitmotif*.

2 Constitutional Controversies

The first serious controversy concerning the relationship between European law and Polish Constitution was considered by the Constitutional Tribunal in 2005.² The case concerned the constitutionality of the implementation of the Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (‘the Framework Decision’) in the domestic legal order. The Constitutional Tribunal thus considered the constitutionality of the Code of Criminal Procedure in as much as it

² Judgment of the Constitutional Tribunal of 27 April 2005 (P 1/05). The operative part of the judgment was published on 4 May 2005 in the Official Journal No. 77, item 680; the judgment was published in the Judgments of the Constitutional Tribunal ZU No. 4/A/2005, item 42.

implemented the European Arrest Warrant and the procedure of surrender of persons between Member States. The preliminary reference filed with the Constitutional Tribunal concerned the constitutionality of surrendering a person of Polish citizenship to another state of the European Union for the purposes of a criminal prosecution in the Member State issuing the European Arrest Warrant. The constitutional problem that justified the preliminary reference lay in the absolute formulation of Article 55(1) of the Constitution. Article 55(1) stipulated that *'The extradition of a Polish citizen shall be prohibited'*. The Constitutional Tribunal was called to determine the meaning of the provision and the scope of the guarantee thus entrenched in the Constitution. The Constitutional Tribunal also considered whether surrendering a Polish citizen to a Member State of the EU is a form of extradition when such surrender is performed under the European Arrest Warrant.

The Constitutional Tribunal was faced with a dilemma as far as the consequences of its judgment were concerned. A finding that the implementation of the Framework Decision was unconstitutional would result in repealing the relevant provision of the Code of Criminal Procedure that regulates the surrender of a Polish citizen to a Member State of the European Union under the European Arrest Warrant. This would result in the European Arrest Warrant being henceforth inapplicable in the Polish legal system and the Polish citizens not being subject to surrender under the European Arrest Warrant. This would mean that the judgment of the Constitutional Tribunal would be directly violating the obligation of the State to fully and unconditionally implement the Framework Decision and would thus undercut the very idea of mutual assistance in civil and criminal matters between Member States of the European Union as specified in the Framework Decision. On the other hand, however, declaring the relevant regulation of the Code of Criminal Procedure constitutional would require a particularly strong justification. Considering Article 55(1) inapplicable to the surrender of the Polish citizen under the European Arrest Warrant would require proceeding on the assumption that calling extradition by another name is sufficient to withdraw the constitutional protection. The dilemma thus had the air of a *Zugzwang*. This was so particularly because of the wording of the constitutional guarantee forbidding all extradition of Polish citizens that was clear, unambiguous and precise as well as because the historical background of the very provision inevitably led to the proposition that the obligation to extradite a state's citizen constitutes the 'ultimate and definitive encroachment upon the sovereignty of a state.'

The Constitutional Tribunal was insensible neither to the obligation of conforming interpretation that complies with European Union law nor to this obligation's limits. The limits of conforming interpretation appear to be twofold. First of all, the obligation of conforming interpretation in compliance with European law is limited by the imperative of securing the rights of the individual. Conforming interpretation cannot introduce criminal responsibility or make it more severe. Surrendering a citizen under the European Arrest Warrant for the purposes of criminal prosecution in another country whilst the act committed is not a criminal offence in Poland can translate into a worsening of the position of such a

suspect. Secondly, the limits of conforming interpretation are determined by the text of the Constitution to be interpreted. The Constitutional Tribunal was thus captive of rather inevitable conclusions of the comparison between the institution of extradition and the institution of surrender, according to which the surrender of suspects performed by law enforcement agencies is nothing but a specific kind of extradition. The Constitutional Tribunal decided that the provision of the Code of Criminal Procedure which implemented the Framework Decision on the European Arrest Warrant and which was alleged to be unconstitutional was in fact inconsistent with Article 55(1) of the Constitution of the Republic of Poland.³

The decision was possible because the dilemma turned out to be in fact a trilemma. As the Constitution warrants deferring the repeal of an otherwise unconstitutional norm (Article 190(3)), the Constitutional Tribunal was able to declare the European Arrest Warrant unconstitutional and at the same time maintain its validity and applicability for 18 months. This meant two things. First of all, the implementation of the European Arrest Warrant was applicable for another 18 months even though it was deemed unconstitutional. The decision to maintain the applicability of an otherwise unconstitutional text was justified on the grounds of a number of constitutional directives, such as the Polish state's obligation to abide by its international obligations, the value of the Republic's credibility in the international arena for its deference to the *pacta sunt servanda* principle, the value of security and public order, as well as the value of the community's fundamental principles of the system of government and the rule of law in Europe that warrant the lawful operation of law enforcement agencies, administration of justice as well as the observance of the standards of the right to court. Eliminating the provision considered unconstitutional at the date of publication of the judgment would result in violating the international obligations of the Polish state. Secondly, deferred repeal of the provision allowed the time necessary for the political branches to be able to take relevant and necessary steps in order to avert the problems that could arise when the implementation of the Framework Decision in the domestic legal order would become void and inapplicable and the Polish state would thus contravene its obligation to give effect to the Framework Decision.

The choice of the course of action available to the political branches was as a matter limited to proceeding with a constitutional amendment. The constitutional

³ Czapliński 2005b, pp. 107–112; Gierach 2005, pp. 196–204; Grajewski 2006, pp. 161–166; Hofmański 2005, pp. 113–117; Płachta and Wieruszewski 2005, pp. 117–125; Steinborn 2005, pp. 182–195; Lazowski 2011, p. 512.

amendment was thus, in fact, an indirect but nonetheless inescapable consequence of the Constitutional Tribunal's judgment in the case concerning the European Arrest Warrant.⁴

3 Constitutionality of the Treaty of Accession

Despite its earlier premonitions in the constitution-making process, the political disagreement concerning the national constitution and European law revealed its true force in 2005 when the Constitutional Tribunal had to adjudicate on the constitutionality of the Treaty of Accession of the Republic of Poland to the European Union (judgment of 11 May 2005, K 18/04). After the Accession Treaty was ratified in a national referendum, groups of Members of Parliament filed motions with the Constitutional Tribunal. The *memoranda* lodged with the Constitutional Tribunal alleged that the Treaty was inconsistent with the Constitution on a number of counts. On the one hand, the Treaty of Accession allegedly violated the very principle of a national constitution. On the other hand, the Accession Treaty allegedly violated fundamental rights guaranteed under the Constitution.

Primarily, the Treaty was considered to contravene the provisions of the Constitution that guaranteed the external independence of the Polish State, the sovereignty of the Nation, the supremacy of the Constitution in respect to all legal acts of domestic and international law as well as equality before the law. It was argued that accepting the jurisdiction of the European Court of Justice and accepting the primacy of European law was the first step that would set in motion a process of gradual, incremental and uncontrollable eradication of the attributes of sovereignty of the Republic of Poland. The principle of supremacy of an external system of law over the Constitution that was inherent in the Treaty was considered to strip the Nation of its supreme power. The principle of superiority of the external legal system was also alleged to amount to a transfer of the basic instrument of the common good to an alien entity because it is the Constitution that derives from the Nation and is the supreme law of the land. Furthermore, it was considered that the sovereignty of the Polish Nation was in peril when the state accepted to be bound by the law of a supranational organisation whose very

⁴ The constitutional amendment introduced Article 55.2 which reads as follows: '*Extradition of a Polish citizen may be granted upon a request made by a foreign state or an international judicial body if such a possibility stems from an international treaty ratified by Poland or a statute implementing a legal instrument enacted by an international organization of which the Republic of Poland is a member, provided that the act covered by a request for extradition: (1) was committed outside the territory of the Republic of Poland, and (2) constituted an offence under the law in force in the Republic of Poland or would have constituted an offence under the law in force in the Republic of Poland if it had been committed within the territory of the Republic of Poland, both at the time of its commitment and at the time of the making of the request*'.

essence consisted in successively and successfully taking over more and more rights of sovereign states. It was argued, on the other hand, that the principle of primacy of European law was an instrument of extra-constitutional change of the role and character of the Constitutional Tribunal; the Constitutional Tribunal was to become an executor of the case-law of the European Court of Justice in the domestic legal system. Finally, it was argued that the supremacy of European law over the Constitution was in fact the first step on the road to amending the Constitution under the pressure of European law where such a constitutional amendment would contravene the principles of constitutional amendment provided by the constitution, such as the principle of a constitutional referendum in particular.

Two problems were elucidated as far as constitutional rights of the individual were concerned. First of all, the Treaties allegedly violated the constitutional order in as much as the European communities were empowered to enact norms with the purpose of combating discrimination on the grounds of sexual orientation. The Constitution of the Republic of Poland, on the other hand, stipulates that marriage is a union of a man and a woman (Article 18). Secondly, the right to vote and the right to stand in local elections that European law extends to all European citizens allegedly violated the principle that the rights of citizenship guaranteed under the Constitution are to be enjoyed exclusively by the citizens of the Republic of Poland. Whilst the wording of the Constitution does not suggest such a problem because it provides for *'inhabitants of the units of basic territorial division'* to *'form a self-governing community'* (Article 16(1)), extending the right to vote and to stand in local elections to all European citizens would mean that the Republic of Poland would cease to be the Constitution's *'common good of all its citizens'* (Article 1) and evolve into *'the common good of all European citizens'*.

The Constitutional Tribunal considered the Treaty of Accession to be consistent with the Constitution and formulated a number of principles that structure all legal arguments concerning Poland's membership in the European Union. Those principles are nothing but an add-on to the understanding of the contents of constitutional norms and constitute an important 'interpretation' of the European clause of Article 90 of the Constitution.⁵

First of all, the Constitution remains the highest and supreme law of the land in the Republic of Poland. This stipulation of Article 8(1), however, is accompanied by the stipulation of Article 9 of the Constitution. The constitutional legislator thus deliberately introduced the principle according to which the Republic of Poland shall respect international law binding upon it. Article 9 provides for the obligation to abide by all duly formed and applicable laws of international law. Article 9 also impliedly provides for the obligation to what Polish constitutional jurisprudence calls *'sympathize with'*⁶ international law. The latter principle is essentially a principle of loyalty that covers the obligation of conforming interpretation and

⁵ Barcz 2005, pp. 169–184; Biernat 2005, pp. 185–206; Czaplinski 2005, pp. 207–222; Wyrozumska 2005, pp. 224 ff.

⁶ Polish—*przychylność*.

similar offshoots. Though the Polish term essentially evokes ‘friendliness’ and ‘kindness’, the term ‘EU law-friendly interpretation’ has also been translated as ‘sympathetic interpretation’ and, on second thought, there is a good ring to the translation as it evokes the idea of ‘sympathetic resonance’ in musical instruments.

Secondly, the Constitution entrenches the principle that the legal system bidding on the territory of the Republic of Poland has many components.⁷ Alongside the legal instruments made by domestic law-making authority, the Polish legal system provides for the validity and applicability of international law. It is important to note, however, that community law is not totally external to the Polish legal system. As far as primary law is concerned, it is produced by internally accepting the treaties made by all Member States. As far as secondary legislation is concerned, on the other hand, it is produced by representatives of the governments of all Member States. Within the territory of the Republic of Poland, therefore, the Polish legal system incorporates relatively autonomous subsystems of law that are produced in different law-making centres. Those subsystems should therefore coexist respecting the principle of ‘sympathetic interpretation’ and cooperative co-application. It is only outside of the multi-centric perspective that there can appear a *trompe-l’œil* effect that operates to reveal apparent potential conflicts of norms between the subsystems or apparent hierarchical coordination of the subsystems.

Thirdly, the constitutional regulation of the empowerment to ‘*delegate to an international organization or international institution the competence of organs of State authority in relation to certain matters*’ must be strictly construed. Therefore, the empowerment appears narrow. The totality of the competence of a particular state authority thus cannot be delegated.⁸ Similarly, the delegation of state authority cannot pertain to the totality of ‘*certain matters*’. Finally, the competence of a state authority cannot be delegated if that competence constitutes the essence of the authority’s existence under the Constitution and such delegation would make that authority redundant. Constitutional analysis therefore requires utmost precision in enumerating the matters for which the delegation is operative as well as in describing the scope of competence subject to ‘delegation’ under Article 90 of the Constitution.

Fourthly, the Constitution does not provide any grounds for ‘delegating’ ‘*to an international organization or international institution the competence of organs of State authority in relation to certain matters*’ so that such a delegation could result in empowering the international organisation or institution to enact legislation or decisions that contravene the Constitution of the Republic of Poland. In particular, the transfer of competence cannot be so extensive as to deprive the Republic of Poland of the ability to function as a democratic and sovereign state.

Fifthly, the relative autonomy of legal subsystems integrated by the Constitution within the system of law valid and applicable within the territory of the Republic of Poland assumes that there exists a degree of interrelations between the

⁷ Łętowska 2005, p. 4; Barcz 2006, p. 72.

⁸ Kranz 2006, pp. 28–29; Mik 2006, p. 92.

subsystems as each subsystem is composed of internal and autonomous structure and hierarchy. There exists the possibility that European Union law could ‘collide’ with the Constitution. This situation could only arise, however, in cases of singular normative incongruity because the Constitution commands that conflict of norms be resolved through interpretation which respects the principle of relative autonomy of the European and Polish legal systems. Such a situation therefore exists in theory but can only be very rare in practice.

The sixth principle formulated by the Constitutional Tribunal holds that in cases of real normative conflict between the legal systems the Constitutional norms prevail. If the normative conflict is real, it cannot be resolved by assigning supremacy to community legislation over the Constitution of the Republic of Poland. According to the Constitutional Tribunal, the resolution of the real conflict cannot result in invalidation or substitution of the constitutional norm by the norm of the EU legal order and cannot result in circumscribing the validity of the constitutional norm to areas unregulated by community law. Whilst administration of justice and administrative authorities are compelled to respect the Constitution, relevant legislative authorities are bound to take steps to amend the Constitution or to amend community legislation or to take the decision to withdraw from the European Union in the most extreme situation.

Finally, the Constitutional Tribunal has noted that the constitutional regulation of the rights and freedoms of the individual constitute the minimum standard of protection and the maximum standard of interference by any public authority. The standards thus cannot be negotiated or overridden by community legislation. The Constitution continues to be the instrument of protection to the degree that rights and freedoms are constitutionally entrenched. What has been branded ‘interpretation sympathetic to European law’ is thus not a principle that could override the Constitution. Under no circumstance can the operation of the principle result in interpretations that would contravene the clear and unequivocal meaning of the Constitution or interpretations that would interfere with the minimum protection of the individual guaranteed by the Constitution. The Constitutional Tribunal does not allow for a situation whereby the constitutional norm’s validity is endangered by the fact that the legal system of the European Union contains a norm that contravenes the Constitution.

The set of principles make up a theory of the constitutional regulation of the interoperation of the Polish legal system and the law of the European Union.⁹ It has now crystallised and has become the canonical understanding of the constitutional limits of European integration. It has also become the canonical interpretation of the European clause of Article 90 of the Constitution at least as far as the notion of sovereignty and the empowerment of state authorities is concerned. This is not to say, however, that the Constitutional Tribunal managed to put an end to all discussion concerning the understanding of the aims and means of the Polish Republic’s involvement in the European Union. The discussion lost none of its

⁹ Biernat 2011, pp. 63 ff.

relevance. The negotiation and ratification of the Treaty of Lisbon gave a new lease of life to the controversy. This was particularly apparent when ratification was considered by the Polish Parliament and by the President of the Republic.

4 Treaty of Lisbon

The process of ratification of the Treaty of Lisbon by the Polish Parliament was structured by the internal political debate concerning the limits of European integration. Even though none of the strict negotiation conditions set forth in the negotiation mandate bestowed upon the government by the Parliament was incorporated in the project of the Reform Treaty signed in Lisbon, Poland joined the Treaty of Lisbon and proceeded with ratification procedures. Interestingly, however, parliamentary elections intervened before ratification and unexpectedly changed the political configuration. The elections brought about the victory of the liberal democratic party (i.e. the 'Civic Platform') that had been hitherto the major opposition party. The 'Law and Justice' party, on the other hand, took the place of the major opposition party. It was therefore the new parliament which had been responsible for negotiating and signing the Treaty of Lisbon. The political landscape was all the more interesting because the 'Law and Justice' lost the right to form the government but continued to be represented in the office of the President of the Republic. The parliamentary elections of autumn 2007 thus gave rise to what might be relevantly called "cohabitation between the two limbs of the dualist executive" in Poland as both political sides were in deep political conflict. The political and institutional landscape was not inconsequential for the ratification of the Treaty of Lisbon.

After long and strenuous deliberations in the Parliament, the law enabling the President to ratify the Treaty was voted and promulgated by the President. The Constitution, however, requires another official act for the ratification to be complete. The act of ratification belongs to the President and there is some latitude for the argument that there is a degree of discretion attached thereto. The President adopted the argument of the political party that negotiated and signed the Treaty of Lisbon but changed its feelings about the Treaty during the ratification procedure in the Parliament. This shift was motivated by political considerations of a rather internal nature. The President was thus reluctant to proceed with the act of ratification. This reluctance was very perplexing against the backdrop of the fact that the President had advertised negotiating and signing the Lisbon Treaty with a tremendous success. It was rather difficult to comprehend the reasons that were proposed to explain delaying the act of ratification.

Whilst it is never easy to explain the incomprehensible, it is always useful to resort to illustration. The most perplexing reason for delaying the act of ratification consisted in waiting for the results of the second national referendum in Ireland that was to decide the fate of the Irish ratification of the Treaty of Lisbon. What this meant was that the President of the Republic of Poland coordinated his

decision with the decision of the Irish people. The Constitution of the Republic of Poland assigns the President of the Republic the role of safeguarding the sovereignty of the country (Article 126(2)) and this task was apparently best exercised by coordinating his decision with that of a foreign sovereign, viz. the People of Ireland, in a situation when the Polish Nation had made the decision through its representatives, as the Parliament had voted the Act of Parliament enabling the ratification by the most stringent of supermajorities required by the Constitution of the Republic of Poland. The President of the Republic of Poland did finally ratify the Treaty after the Irish referendum affirmed the ratification in Ireland.

The presidential act of ratification, however, did not mark the end of the campaign against the Lisbon Treaty. A group of Deputies to the *Sejm* and a group of Senators filed a motion with the Constitutional Tribunal requesting that the Treaty of Lisbon be examined in respect to its conformity with the Constitution. Whilst constitutional arguments are always interesting in their own right, the motion filed had the additional formal appeal. Not only did all the parliamentarians responsible for the constitutional review request belong to the opposition 'Law and Justice' party but they belonged to the very party that was responsible for negotiating and signing the Treaty, the very party that supported the Act of Parliament enabling the ratification and the very party that supported the President of the Republic who finally had just ratified the Treaty of Lisbon and had voiced no constitutional concerns whatsoever, even though the President is assigned the constitutional mission of safeguarding the observance of the Constitution (Article 126(2)). The political motivation of the constitutional review request was blatant.

The justification of the constitutional review request was essentially limited to challenging the very principle of law-making by a qualified majority (both autonomously as well as in cooperation with the European Parliament) and to challenging the powers of the authorities of the European Union in the new institutional set-up, in the decision-making procedures as well as in the new treaty revision procedures. The authors of the constitutional review request argued that those mechanisms translated into a '*carte blanche* empowerment of the European Union to widen its attributions in contravention of the constitutional procedures that regulate such matters in Poland, as a Member State of the European Union'. The Treaty thus apparently allowed 'extending the attributions of the European Union in contravention with the constitutional requirements that regulate the delegation of sovereign competences of state authorities to the European Union'. Consequently, the principle according to which the Constitution is the highest law of the land as well as the regulations on the delegation of the competences of state authority to an '*international organization or institution*' were violated. The Constitutional Tribunal concluded that all the provisions of the Lisbon Treaty that were subject to review were constitutional. The position of the Constitutional Tribunal was justified by an analysis of the question of sovereignty and constitutional identity.¹⁰

¹⁰ Wójtowicz 2011, pp. 4–11; Morawski 2011, p. 318; see also Sadurski 2006.

Regarding the question of sovereignty, the Constitutional Tribunal declared that the notion of sovereignty as an unlimited and supreme power in both internal as well as external affairs of a state is subject to evolutions that mirror the developments of the last centuries. Those developments are the consequence of the democratisation of decision-making within the state that follow the substitution of the principle of a monarchic sovereign with the principle of popular sovereignty. On the other hand, the principle of popular sovereignty itself is not unlimited.¹¹ First of all, the very structure of the principle of popular sovereignty and the idea of inalienable human dignity both require the recognition of a number of human rights that limit the power of democratic majorities. Secondly, the rise of the importance of international law as the regulation of international relations is the consequence of the development of institutionalisation of international community of peoples and the process of institutionalisation of the international community through globalisation as exemplified by European integration. Further, the Constitutional Tribunal considered the essence of state sovereignty. The essential attributes of sovereignty are: the jurisdiction over the state's territory and over the state's citizens, the exercise of powers in the area of international policy, deciding on war and peace, the discretion in recognising states and their governments, entertaining diplomatic relations, deciding on military alliances and on membership in international political organisations as well as implementing autonomous financial, budgetary and fiscal policy.

The Constitutional Tribunal considered the influence of European integration on the scope of state sovereignty. The Constitutional Tribunal noted that the legal system of the European Union is different from other legal constructs in international law. The competences of the European Union are wider and have a stronger influence on the state legal systems because of the normative character of most of its legal acts as well as their direct applicability within the legal systems of Member States. The Constitutional Tribunal noted that the Member States decided not to exercise some of their sovereign powers in internal and external arena so that such competences can be exercised in concert with other Member States. Such a delegation of authority might be durable but is not final. On the other hand, the relationship of authority might be exclusive and concurring competences is of a dynamic character. The arrangement therefore does not encroach on the sovereignty of Member States. The Member States are subject to nothing but the obligation to exercise their authority jointly in areas subject to cooperation which is structured by the supranational mechanisms put in place for the sake of such joint exercise of state sovereignty.¹² For as long as the states retain the full capacity of formalising the exercise of state authority—which is the correlate of the competence of competence—they remain sovereign subjects of international law. The states remain the subjects and actors of supranational integration; they retain the

¹¹ Lazowski 2011, p. 510.

¹² Piontek 2009, pp. 586–604.

'competence of competence' for as long as European integration is based on the model of an international organisation.

The Constitutional Tribunal could not but confirm the obvious statement according to which entering into international agreements and abiding by them does not strip the state of its sovereignty but indeed is its very affirmation. Membership in the European Union does not constitute a form of limited sovereignty but is in fact the emanation of the state sovereignty. The Constitutional Tribunal adapted the reasons for the decision to the general public and addressed the issue in concrete terms. In order to convince and comfort the Euro-skeptic public, the Constitutional Tribunal insisted on the fact that the state of Polish sovereignty after accession to the European Union cannot be considered in the abstract but rather needs to be analysed within the constitutional framework. European Union membership is warranted by the Constitution, and the Constitution is the very act of the sovereign Nation. The constitutional legislator thus commands that sovereignty can be exercised on the basis and within the limits of the European clause of Article 90 of the Constitution.

Sovereignty and independence of the Republic of Poland as a member of European Union is exercised according to the precepts of the Constitution itself. Sovereignty exercised through mechanisms of regional integration are thus the affirmation of the supreme right of the Nation to decide its fate. This principle is translated into the Constitution. The stipulation of the Preamble as well as relevant provisions of the Constitution that determine the democratic character of the state, the internal sovereignty (i.e. the supreme power) of the Nation, the obligation of the state to safeguard its independence and the inviolability of its territory, the obligation of the state to protect the rights and freedoms as well as the security of the individual, the obligation of the state to safeguard the national heritage of the country, and the obligation of the state to protect the environment according to the principle of sustainable development are all part and parcel of the Constitution as the supreme law of the land that determines the meaning of the European clause. According to the Constitutional Tribunal, those constitutional principles mean that the sovereignty of the Republic is essentially incarnate in the inalienable powers and obligations of the authorities of the state that constitute the very constitutional identity of the state.

The Constitutional Tribunal concluded that the competences of state authorities that are covered by the prohibition of 'delegation' inherent in the Constitution constitute the constitutional identity of the state. Constitutional identity of the state is therefore the notion that determines the scope of inalienable competences, i.e. competences that cannot be transferred to an international organisation or institution because they belong to the essential fundamentals of the system of government of a state. Such competences are not transferable under Article 90 of the Constitution. Whilst enumerating a catalogue of such untransferable competences is no easy matter, the Constitutional Tribunal indicated that the absolute prohibition of delegation is determined by all cardinal principles of the Constitution as well as all the provisions which regulate the rights and freedoms of the individual. Provisions such as the principle of human dignity and human rights, the

principle of statehood, the principle of democracy, the principle of the rule of law, the principle of social justice, the principle of subsidiarity, the principle of optimal realisation of constitutional values as well as the prohibition of delegation of constitution-making authority and the ‘competence of competence’ are constitutive of the constitutional identity of the state.

Detailed determination of the essence of the constitutional identity is essential for a more complete understanding of the axiology of the Constitution.¹³ It is also practically essential for the authorities of the Polish state (be they part of the judicial, legislative or administrative department) to be able to understand the principle of delegated powers in the European law. To understand the principle of delegated powers means to understand the limits of the powers delegated to the European Union. The Constitutional Tribunal chose to concentrate, however, on the Constitution when considering the constitutionality of the Treaty of Lisbon. This is understandable given its function in the system of government. The Constitutional Tribunal apprehends the meaning of state sovereignty through the lens of the essence of its constitutional identity. When considered against the backdrop of the wider European-constitutional debate in Poland, the Constitutional Tribunal’s *dicta* concern only one aspect of sovereignty. The Constitutional Tribunal distilled the constitutional aspect of sovereignty and does not consider the vision of competing sovereignties.¹⁴ Therefore the theory exposed by the Constitutional Tribunal inevitably appears to be oblivious of the complexity of integration processes. The Constitutional Tribunal does not take account of the level of integration achieved thus far and the exponential growth of European integration. The Constitutional Tribunal should thus be seen as exposing a defensive model of constitutionalism rather than an open and forward-looking constitutionalism. One is tempted to note that the former theory seems better suited to account for the normative and real functions of such principles as the principle of the common good, the principle of solidarity and the principle of subsidiarity. Even if the theory of open and forward-looking constitutionalism was nothing but a formulation of a reverie, its formulation might well be considered to allow for a fuller realisation of the needs of the citizenry as well as a realisation of the challenges of globalisation.¹⁵

¹³ Morawski 2011, p. 318.

¹⁴ T.T. Koncewicz, ‘Commentary to the Judgment of the Constitutional Tribunal of 24 November 2010 (K 32/09)’, [Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 listopada 2010 roku (sygn. akt K 32/09)], manuscript on file with the author.

¹⁵ T.T. Koncewicz, *ibid.*

5 Legal Safeguard in National Culture

Sovereignty as such was not the only bone of contention when the constitutionality of the Accession Treaty was considered. Sensitive issues of morality were also introduced during the evaluation of the constitutionality of the Treaty of Accession. It is to be noted that moral principles can be easily confused with questions of national sovereignty when such moral intuitions are believed to be part of the natural order of things within the community and it is true that the moral intuitions considered here are based on institutionalised religious belief rather than serious ethical consideration. The phenomenon can be exemplified by the arguments adduced against the constitutionality of Article 13 TEC as it stood at the time. Article 13 TEC warranted combating discrimination, which included discrimination on the grounds of sexual orientation. It was thus argued that the provision violated the constitutional guarantee that marriage is the union of a man and a woman (Article 18). The Constitutional Tribunal refused to give sufficient reasoning. The Tribunal noted that a constitutional amendment would have been required in order to reform the principles on which the legislative concretisation of marriage is based anyway. The Constitutional Tribunal also confirmed that such a modification cannot be validly made by a ratified international agreement, thus comforting the sentiments of national sovereignty. The judgment of the Constitutional Tribunal, however, did not end the strife.

Oversensitivity to the moral meaning of legal texts also explains the discussion of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in Poland. Poland joined the United Kingdom as a signatory of Protocol¹⁶ No. 30. The Protocol regulates the applicability of Chapter IV of the Charter (i.e. social and economic rights) by indicating how the chapter is to not be construed. The Protocol thus forbids interpreting the Charter in a way that extends the ability of European institutions to enforce any standards arising under Chapter IV. Article 1(1) reads as follows: *'The Charter 'does not extend the ability of the Court of Justice of the European Union, or any court or tribunal of Poland or of the United Kingdom, to find that the laws, regulations or administrative provisions, practices or action of Poland or of the United Kingdom are inconsistent with the fundamental rights, freedoms and principles that it reaffirms'*. Furthermore, the Protocol stipulates that *'In particular, and for the avoidance of doubt, nothing in Title IV [Solidarity] of the Charter creates justiciable rights applicable to Poland or the United Kingdom except in so far as Poland or the United Kingdom has provided for such rights in its national law.'* This would be singularly unsurprising if Poland did not also adopt Declaration No. 62 which reads: *'Poland declares that, having regard to the tradition of social movement of "Solidarity" and its significant contribution to the struggle for social and labor rights, it fully respects social and labor rights, as established by European Union law, and in particular those reaffirmed in Title IV of the Charter of Fundamental Rights of the European Union'*. The latter

¹⁶ Wyrzumska 2009, pp. 80–113; Barcz 2009, pp. 25–38; Wyrzykowski 2009, pp. 25–38, 2010.

declaration is hardly surprising because the material scope and normative meaning of Chapter IV of the Charter of Fundamental Rights is identical with relevant provisions of the Polish constitutional charter. Declaration No. 62 is surprising when considered against the contents of Protocol No. 30.

The bewilderment caused by the ambiguity of the Polish negotiation position is easily quashed by considerations of symbolic strategy. Declaration No. 61 annexed to the Treaty of Lisbon proclaims that '*[t]he Charter does not affect in any way the right of Member States to legislate in the sphere of public morality, family law, as well as the protection of human dignity and respect for human physical and moral integrity*'. It thus seems that Protocol No. 30 was the vehicle that allowed the addressing of a problem that is beyond its ambit. The intention of the Polish negotiators was not to address any problems arising under Chapter IV of the Charter of Fundamental Rights. The negotiators rather proceeded to consecrate the social rights by way of ambiguity in order to express—at least on the psychological level—concerns about cultural self-determination. The concerns can be divided into three categories of fear. The first category of concerns covers the fear that the European Union might obligate Poland to amend the abortion regulation. It is well known, on the other hand, that the Polish regulation is only second to the Irish regulation in terms of restrictiveness in Europe. The second concern was equally burning and was that the European Union would step into regulate euthanasia. The third reason for concern was the fear that European Union law would step into obligate the Polish Republic to regulate same-sex partnerships. The collective consciousness is deeply marked by the heritage of Christianity; a part of the general public and the public opinion elevate those matters to an important component of national identity that is so fundamental as to justify any means in order to protect it.

6 EU Secondary Legislation 2011

In the judgment of the Constitutional Tribunal concerning the Accession Treaty (K 18/04) the Constitutional Tribunal stated that the 'European clause' of Article 90 as well as the Articles that regulate the position of international law within the domestic legal system cannot possibly authorise an act of 'delegation' of state authority to an international organisation or institution of such to go as far as to allow such an organisation or institution to make legislative or administrative acts that would be inconsistent with the Constitution of the Republic of Poland. The language of the statement of reasons for the judgment was arguably Aesopian. It did not allow for a conclusive argument that the Tribunal found admissible the constitutional review of EU secondary legislation. Commentaries and critical analyses of the judgment that followed its publication took both sides. Some indicated that it was seriously uncertain that the Constitutional Tribunal actually

enjoyed jurisdiction in this respect.¹⁷ Others concluded that ‘the Constitutional Tribunal does not shut out the possibility of constitutional review of EU secondary legislation’.¹⁸ Of course, the problem does not come down to what the Constitutional Tribunal considered possible or not. The problem consists in the essential question of whether the Constitutional Tribunal is actually competent to exercise constitutional review of secondary legislation of the EU. The secondary question concerns the procedures that actually permit the exercise of such a theoretical competence. Generally, the discussion did not concern abstract constitutional review because abstract constitutional review procedures need to be directed against formal normative acts enumerated by the Constitution. The situation is clear. It was, however, considered possible that the procedure of constitutional complaint was available for such a construction if it is accepted that the notion of a ‘normative act’ against which the constitutional complaint is to be directed is understood materially to cover secondary EU legislation. The problem was resolved in 2011.¹⁹ It did turn out that constitutional case-law actually abided by the famous *Chekhov’s dictum*, according to which ‘*If in the first act you have hung a pistol on the wall, then in the following one it should be fired. Otherwise don’t put it there.*’

In the judgment, the Constitutional Tribunal considered a constitutional complaint concerning the constitutionality of Article 41 of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 *on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*. The constitutional complaint alleged that the Regulation was inconsistent with the right of access to court and the principle of equality before the law (Article 45(1) and Article 32(1) in conjunction with Article 45(1) of the Constitution of the Republic of Poland, respectively). The provision which was subject to constitutional review stipulates that a debtor against whom enforcement was sought should not at the stage of first instance proceedings be entitled to make any submissions on the application. Moreover, the proceedings at the first instance have the *ex parte* character, which was alleged to violate the right of access to court in the proceedings concerning the enforceability of a foreign judgment within the territory of the Republic of Poland. The Constitutional Tribunal performed the constitutional reviews and concluded that the Regulation was constitutional. The Regulation conformed to both the right of access to court and the right to equality before the law. The substance of the decision was by far less controversial than the question of competence of the Constitutional Tribunal for the case concerned as this relies on the proposition that EU secondary legislation is subject to constitutional review.

The Constitutional Tribunal had to take a stance on the problem of constitutional review of EU secondary legislation. The matter hinged on the meaning of the term ‘normative act’ used in Article 79(1) of the Constitution. Indeed, Article

¹⁷ Barcz 2005, p. 175.

¹⁸ Czapliński 2005a, p. 211.

¹⁹ Judgment of the Constitutional Tribunal of 16 November 2011 (SK 45/09).

79(1) of the Constitution states that ‘[...] *everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for its judgment on the conformity to the Constitution of a statute or another normative act upon which basis a court or organ of public administration has made a final decision on his freedoms or rights or on his obligations specified in the Constitution*’. The constitutional complaint procedure thus seems to obligate the Constitutional Tribunal to review the constitutionality of statutes and other normative acts. The question would seem to boil down to a semantic problem of whether a Council Regulation is a normative act; the matter, however, was discussed as if the problem was structured in a different language for the matter to fall within the scope of understanding of the notion of ‘normative act’ and for the scope of understanding of the notion to cover Council Regulations.

The reasoning of the Constitutional Tribunal did not have the benefit of *tabula rasa* as the matter had already been discussed in the legal literature. The opponents of the Constitutional Tribunal’s jurisdiction in the matter rely on the argument that only statutes and normative acts enumerated in the Constitution can fall within the scope of understanding of the term ‘normative act’ employed in Article 79 of the Constitution with the proviso that they are not international agreements because international agreements are not normative acts issued by central organs of the state. Further, the opponents of constitutional review powers in respect of EU secondary legislation have advanced the argument that allowing jurisdiction of the Constitutional Tribunal in the case would violate the unconditional obligations made by the state because the Treaties foreclose the jurisdiction of Member States’ courts—constitutional courts included—in respect of the validity or interpretation of EU law.²⁰ The argument is important because the consequence of the principle of primacy of EU law is that courts and constitutional courts of Member States cannot review the validity of EU legislation in any way, i.e. including invalidation or inapplicability. Since the judgment of the Constitutional Tribunal can result in repealing an act—or a part thereof—such a repeal would result in the unacceptable situation where the authority of one Member State considers inapplicable or invalid an act of EU law within its jurisdiction. Should an unconstitutional provision of EU law be invalidated or deemed inapplicable within the Polish legal system, Polish authorities would be acting in contravention of European Union law and the Polish state would be gravely responsible under Article 258 TFEU for violating EU law. Constitutional review of the Council Regulation is otherwise unnecessary because the Regulation in question had already been validated by the constitution as it was part and parcel of the *acquis communautaire* adopted by the Polish state at the date of accession to the European Union; the constitutional review of the body of law thus received within the domestic legal system should be deemed accomplished and exhausted by the sovereign act of accession to the

²⁰ The argument of the Public Prosecutor-General in the proceedings before the Constitutional Tribunal.

European Union within the procedures that are associated with such an accession.²¹

The Constitutional Tribunal adopted an original approach as is evidenced by the statement of reasons for the judgment. The reasoning originated in the crucial determination of the essence of the notion of a 'normative act' employed in Article 79 of the Constitution. This derives from the relationship between the constitutional norms that describe the general basis for the competence of the Constitutional Tribunal and the norm that regulates the constitutional complaint. The Constitutional Tribunal emphasised the importance of the constitutional complaint as an instrument of protection of the rights and freedoms of the individual, as well as the severability of the procedures of control of the hierarchical congruity of normative acts and the procedure of constitutional review based on the constitutional complaint. The Constitutional Tribunal also considered the arguments based on the structure of the Constitution. It was concluded that *'In the present case, the Constitutional Tribunal assumes that the ratione materiae scope of normative acts which may be subject to constitutional review, in the course of review proceedings commenced by way of constitutional complaint, has been set out in Article 79(1) of the Constitution, autonomously and independently from [the general competence of the Constitutional regulated in Article 188 of the Constitution]'*.²² The Constitutional Tribunal thus considered that the norms of the Council Regulation have the character of generality and abstractness and therefore are addressed not only to Member States and their authorities but also to individuals (non-state actors). The Constitutional Tribunal concluded that 'an EU regulation bears the characteristics of a 'normative act' within the meaning of Article 79(1) of the Constitution'.²³ The conclusion is crucial because EU regulations can contain norms on the basis of which 'a court or organ of public administration' can make in respect of an individual 'a final decision on [...] freedoms or rights or on his obligations specified in the Polish Constitution'.

It is important to note that the Constitutional Tribunal's *démarche* bears no marks of recklessness. First of all, the Constitutional Tribunal recurrently puts a special emphasis on the reasoning of the case under consideration. Secondly, the Constitutional Tribunal affirms that constitutional review of EU secondary legislation is special on two counts. Concluding that *'EU regulations, as normative acts, may be subject to constitutional review in the course of review proceedings commenced by way of constitutional complaint'* the Constitutional Tribunal also notes that *'[t]he fact that they are the acts of EU law, also constituting part of the Polish legal order, results in a special character of the review conducted in such a case by the Constitutional Tribunal'*.²⁴

²¹ The argument was presented in the proceedings by the Minister for Foreign Affairs.

²² Paragraph 1.2 of the reasons.

²³ Paragraph 1.4 of the reasons.

²⁴ Paragraph 1.5 of the reasons.

The Constitutional Tribunal concluded that the Council Regulation was in conformity with the Constitutional provisions indicated in the constitutional complaint. One would expect that this circumstance would encourage the Constitutional Tribunal to remain vague on the point of possibility and legality of constitutional review of an EU Regulation. The Constitutional Tribunal, however, seized the opportunity to calm the excitement that surrounded the effective opening of constitutional review of the acts of EU institutions. The Tribunal took care to tailor narrowly the possibility of unconstitutionality.

Three interpretative directives chart the realm of unconstitutionality. The first directive relies on the assumption that unconstitutionality of EU legislation can result from a lower standard of human rights protection under EU law as compared to the standards of the Constitution of the Polish Republic, and its charter of rights and freedoms in particular. The Constitutional Tribunal relies on established case-law to conclude that *'the lower level of protection of the individual's rights that arises from the EU law, in comparison with the level of protection guaranteed by the Constitution, would be unconstitutional. The constitutional norms from the realm of the rights and freedoms of the individual set a threshold which may not be lowered or challenged as a result of the introduction of EU regulation. Interpretation "consistent with the EU law" has its limits. It may not lead to results which contradict the explicit wording of the constitutional norms and to results that are incompatible with the minimum of the guarantees provide[d] by the Constitution.'*²⁵ The second directive, however, assumes that there is a degree of axiological convergence as between Polish and European law. The Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights as well as the constitutional traditions of Member States set high standards of human rights protection within the European Union so as to establish the relationship of axiological communion. Under this directive therefore, the gist of the matter does not lie in that regulations be identical. The essential element of constitutionality lies rather in comparable standards of human rights protection. The third directive of interpretation regulates the way the constitutional review is to proceed. Constitutional analysis must be performed with all due diligence and prudence that takes account of the obligation of loyal cooperation and the principle of abiding by obligations where the mutual respect of European Union and its Member States is concerned, as well as the principle of mutual cooperation in the realisation of the tasks assigned by the Treaties. Indeed, the Treaty on European Union states that *'the Member States shall facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardize the attainment of the Union's objectives'*. This obligation *'would be difficult to reconcile with [...] granting powers to particular Member States which would allow them to declare the norms of EU law to be no longer legally binding'*.²⁶ Those directives of interpretation therefore limit the possibility that EU legislation be deemed unconstitutional.

²⁵ Paragraph 2.9 of the reasons.

²⁶ Paragraph 2.5 of the reasons.

Whilst the possibility of declaring unconstitutional EU secondary legislation is meagre, the possibility exists nonetheless. The Constitutional Tribunal considers the consequences of a judgment that would deem a norm of EU secondary legislation unconstitutional. The consequences of such an act of the Constitutional Tribunal are limited normatively and are characteristically downgraded rhetorically in the Polish version of the text. The consequences consist in that the judgment could *'rule out the possibility that the acts of EU secondary legislation would be applied by the organs of the Polish state and would have any legal effects in Poland. Therefore, the ruling of the Constitutional Tribunal would result in suspending the application of the unconstitutional norms of EU law in the territory of the Republic of Poland'*.²⁷ As is indicated in the reasons for the decision, the Constitutional Tribunal is not oblivious of the fact that such consequences cannot be reconciled with the obligations of a Member State of the European Union and that the state runs the grave risk of proceedings for violating its obligations arising under the Treaties. The Constitutional Tribunal thus indicates that the situation would be governed by the same normative structure that governed the invalidation of the domestic transposition of the European Arrest Warrant. The declaration of unconstitutionality is thus to be accompanied by a deferment of the coming into force of the judgment for up to 18 months, which allows the time and space for making relevant amendments to EU legislation or to the Constitution. The only difference consists in the fact that the European Arrest Warrant case concerned a domestic statute by which the domestic Parliament transposed the Framework Decision rather than European Union secondary legislation directly.

7 Polish Involvement in EU

The experiences of the years since accession to the European Union as well as the necessity to make room for the requirements of the Treaty of Lisbon nourished reflection on the necessity to amend the Constitution and its regulations on matters relating to European Union membership in particular. Both political actors and constitutional and European Union law scholars agreed. It was indicated that the legal basis for European Union membership should be upgraded to meet the demands of the reality of the system of government, to render more efficient the operation of national institutions within the institutions of the European Union as well as to accommodate the new enhanced role of national parliaments in European Union matters, to transpose the procedures for simplified revision of the treaties of the EU (*passerelle* revision procedures), to regulate the status of the citizens of the European Union within the Polish constitutional order, to provide for the membership in the Economic and Monetary Union and the potential

²⁷ Paragraph 2.7 of the reasons for the decision. The language downgrades the importance of the consequences of a partial invalidation of EU secondary legislation by employing the term 'only'.

introduction of the common currency in Poland, and, finally, to implement the domestic regulations for the procedure of withdrawal from the European Union. All those matters were the object of a legislative initiative of the President of the Republic. The proposed constitutional amendment was based on multiple studies and analyses and was presented to the *Sejm*.²⁸ The proposal was based on the idea of introducing a new chapter into the Constitution. Chapter Xa was to be devoted to a comprehensive regulation of the membership of the Republic of Poland in the European Union.

The proposal of the President of the Republic is interesting in that it indicates the axiological foundations of Poland's membership in the processes of European integration. Those axiological foundations were spelled out primarily in what was called the integration 'limitation clause'.²⁹ The integration 'limitation clause' stipulated that the Republic of Poland is a member of the European Union that respects the sovereignty and national identity of its Member States, that respects the principles of subsidiarity, of democracy, of the rule of law, of inalienable human dignity, of freedom and equality, and that guarantees the protection of freedoms and rights of the individual comparable to the protection of those freedoms and rights entrenched in the Constitution of the Republic of Poland.³⁰ Those are the values that lie in the heart of the Constitution of the Republic of Poland but are also present in the constitutions of other countries as well as in Article 2 of the Treaty on European Union. The confirmation of the high level of axiological convergence, and the convergence of Polish and European Union law in particular, has four basic functions according to the sponsors of the constitutional amendment.³¹ First of all, it spells out the unequivocal constitutional basis for Poland's membership in the European Union. Secondly, it determines the overall directions of Polish policy in respect of the European Union in as much as it obligates domestic authorities to take necessary steps and measures at the European Union level to assure the protection of those fundamental values including—but not limited to—taking steps and measures necessary for making European Union respect those fundamental values. Thirdly, the provision pre-empts cases of normative conflict between the law of the Constitution and the law of the European Union. Finally, the provision sets constitutional limits on Poland's membership in the European Union. According to the proposal, the constitutional limits on European integration consist in that *'the Republic of Poland is not under the constitutional obligation to participate in the European Union if the Union fails to respect the values enumerated in Article 227a of the Constitution. Poland is also*

²⁸ *Sejm Report* No. 3598 of 12 November 2010 'Bill on the Constitutional Amendment of the Constitution of the Republic of Poland'.

²⁹ Article 227a of the Bill.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Cf. the justification of the Constitutional Amendment.

not obligated under the Constitution to give effect to the law of the European Union when it violates the fundamental values of Article 227a.³²

The constitutional amendment was considered in the Parliament and was adopted by the *Sejm*'s Extraordinary Subcommittee for Constitutional Amendment.³³ The European Union limitation clause adopted in the Subcommittee was modified in comparison to the original draft. The litany of the original draft read: *'European Union respects the principles of subsidiarity, of democracy, of the rule of law, of the respect for the inalienable human dignity, of freedom and equality and guarantees the protection of rights and freedoms comparable to the protection of those rights and freedoms afforded by the Constitution'*. It was replaced by a succinct formula according to which *'membership of the Republic of Poland in the European Union serves the purposes of the Constitution and does not infringe the principles the Constitution sets out in the Preamble, the principles enumerated in Chapter I devoted to the fundamental principles of the system of government or the rights and freedoms of the individual entrenched in the Constitution'*.

Whilst the idea of a constitutional regulation of membership in the European Union has never inspired much controversy, the details provide food for thought and contention. The formulation *'The Republic of Poland is a member of the European Union that respects sovereignty and national identity'* is a good example. On the one hand, the formulation can be interpreted as a descriptive statement that normatively confirms the character of the European Union. On the other hand, however, the formulation can give the impression that the Polish national constitutional legislator determines the fundamental characteristics of the European Union. This in turn could mean that Polish authorities could be enabled to review the degree to which sovereignty and national identity are respected as part of their day-to-day activity. As a result, the 'limitation clause' could be the basis for actions and measures that follow when it is detected that the European Union does not conform or no longer conforms to the constitutional definition of its character and does not respect the sovereignty or national identity. This construction could have far-reaching consequences particularly because Polish authorities, including the Constitutional Tribunal, routinely entertain the traditional intuition of the notion of sovereignty. The European Union membership limitation clause considered as the regulation of the limits of integration that cannot be transgressed is rendered a powerful instrument when it is construed as a conditional enabling norm contingent on the condition that the Union conforms to the parameters described in the limitation clause. According to this interpretation, the Republic of Poland is a member of the European Union for as long as the European Union respects national sovereignty and identity.

Whilst it might be difficult to draw any general conclusions from the vicissitudes of the notion of sovereignty in constitutional discussions in Poland, the

³² Ibid.

³³ 'Bill on the Constitutional Amendment of the Constitution of the Republic of Poland', *Sejm Report No. 4550 of 14 July 2011*.

overview suggests that the importance of the issue should be reflected in the structure of the Constitution.

As the end of the term of the Parliament intervened, all legislative procedures were discontinued. It is to be expected, however, that the matter will be subject of parliamentary attention shortly. Since the political and ideological landscape has not been subject to any meaningful changes, it is also to be expected that the new constitutional amendment bill will by and large reflect the draft as already considered by the Parliament. It is also very likely that the future constitutional regulation of European Union membership of the Republic of Poland will be based on the limitation clause model. Finally, it is to be hoped that the European Union clause will be legislated as a fundamental principle of the system of government and thus part of the first chapter of the Constitution. This would be a very welcome constitutional instrument considering the fact that the European Union limitation clause provides the basis and the conditions for the Republic's membership in the European Union. Whilst it might be difficult to draw any general conclusions from the vicissitudes of the interpretation of the concept of sovereignty in Poland as discussed in this paper, the overview suggests that the importance of the issue should finally find an adequate reflection in the structure of the Constitution. The idea is not new—as it first appeared in the early 1990s—but it might well finally become the long-awaited constitutional reality.

References

- Barcz J (2005) Glosa nr 1 do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11.5.2005 (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K 18/04 [Commentary No. 1 on the judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005 (Constitutionality of the Accession Treaty) K 18/04]. *Kwartalnik Prawa Publicznego* [Public Law Q] 4/2005:169–184
- Barcz J (2006) Pojęcie suwerenności w świetle współzależności między sferą ponadnarodową i państwową [The concept of sovereignty in the light of inter-dependence as between the supranational and national spheres]. In: Kranz J (ed) *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska* [National sovereignty and supra-nationality in European integration]. *Prawo i Praktyka Gospodarcza Publishing*, Warsaw, pp 55–79
- Barcz J (ed) (2009) *Fundamental rights protection in the European Union*. C.H. Beck, Warsaw
- Biernat S (2005) Glosa nr 2 do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11.5.2005 (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K 18/04 [Commentary No. 2 on the judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005 (Constitutionality of the Accession Treaty) K 18/04]. *Kwartalnik Prawa Publicznego* [Public Law Q] 4/2005:185–206
- Biernat S (2011) Członkostwo Polski w Unii Europejskiej w świetle orzecznictwa Trybunału konstytucyjnego [Membership of the Republic of Poland in the European Union in the light of the case-law of the European Union]. In: Biernat S, Dudzik S (eds) *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej* [The legal experiences of the first years of membership of the Republic of Poland in the European Union]. *Oficyna Wolters Kluwer Publishing*, Warsaw, pp 63–105
- Czapliński W (2005a) Glosa nr 3 do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11.5.2005 (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K 18/04 [Commentary No. 3 on the Judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005 (Constitutionality of the Accession Treaty) K 18/04]. *Kwartalnik Prawa Publicznego* [Public Law Q] 4/2005:207–222

- Czapliński W (2005b) Glosa I w związku z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania [Commentary No. 1 on the judgment of the Constitutional Tribunal concerning the European arrest warrant]. *Państwo i Prawo* [State Law] 9/2005:107–112
- Gierach E (2005) Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt P 1/05) [Commentary on the judgment of the Constitutional Tribunal of 27 April 2005 (case-call No. 1/05)]. *Przegląd Sejmowy* [Sejm Rev] 5/2005:196–204
- Grajewski K (2006) Europejski nakaz aresztowania—konstytucyjność regulacji kodeksowej. Wyrok TK z dnia 27 kwietnia 2005 r. P 1/05—glosa [The European Arrest Warrant—the Constitutionality of the Regulation of the Code of Criminal Procedure. Judgment of the Constitutional Tribunal of 27 April 2005, P 1/05—a commentary]. *Gdańskie Studia Prawnicze Przegląd Orzecznictwa* [Legal Stud Gdansk Rev Case-Law] 1/2006:161–166
- Hofmański P (2005) Glosa II w związku z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania [Commentary No. 2 on the judgment of the Constitutional Tribunal concerning the European arrest warrant]. *Państwo i Prawo* [State Law] 9/2005:113–117
- Kranz J (ed) (2006) ‘Suwerenność w dobie przemian’ [Sovereignty in the Times of Change]. In: Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska [National sovereignty and supra-nationality in European integration]. *Prawo i Praktyka Gospodarcza Publishing, Warsaw*, pp 15–54
- Lazowski A (2011) Half full and half empty glass: the application of the EU Law in Poland (2004–2010). *Common Mark Law Rev* 48:503–553
- Łętowska E (2005) ‘Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje’ [The multicentric character of the contemporary system of law and its consequences]. *Państwo i Prawo* [State Law]:4/2005:3–10
- Mik C (2006) Powierzenie Unii Europejskiej władzy przez państwa członkowskie i jego podstawowe konsekwencje prawne [The conferral of the exercise of state authority by Member States on the European Union]. In: Kranz J (ed) Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska [National sovereignty and supra-nationality in European Integration]. *Prawo i Praktyka Gospodarcza Publishing, Warsaw*, pp 80–147
- Morawski L (2011) Dwie wizje Unii Europejskiej a problem tożsamości narodowej [Two blueprints for the European Union and the problem of national identity]. *Forum Prawnicze* [Lawyers’ Forum] 4–5:318
- Piontek E (2009) Constitutional case-law of the Member States regarding the primacy of community law—conclusions for Poland. In: Piontek E, Karasiewicz K (eds) *Quo vadis Europa? [Whither bound, Europe?]*, vol III. The Bureau of the European Integration Committee Publishing Office, Warsaw, pp 586–604
- Płachta M, Wieruszewski R (2005) Glosa III w związku z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania [Commentary No. 3 on the judgment of the Constitutional Tribunal concerning the European arrest warrant]. *Państwo i Prawo* [State Law] 9/2005:117–125
- Sadurski W (2006) European constitutional identity? Legal studies research paper, No. 06/37, Oct 2006
- Steinborn S (2005) Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt P 1/05) [Commentary on the judgment of the Constitutional Tribunal of 27 April 2005 (case-call No. 1/05)]. *Przegląd Sejmowy* [Sejm Rev] 5/2005:182–195
- Wójtowicz K (2011) Zachowanie tożsamości konstytucyjnej państwa polskiego w ramach UE—uwagi na tle wyroku TK z 24.11.2010 r. (K 32/09) [Preserving the constitutional identity of the Polish State within the European Union—remarks inspired by the judgment of the Constitutional Tribunal of 24 November 2010 (K 32/09)]. *Europejski Przegląd Sądowy* [Eur Court Rev] 11:4–11
- Wyrozumska A (2005) Glosa nr 4 do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11.5.2005 (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K 18/04 [Commentary No. 4 on the judgment of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005 (Constitutionality of the Accession Treaty) K 18/04]. *Kwartalnik Prawa Publicznego* [Public Law Q] 4/2005:224 ff

- Wyrozumska A (2009) Incorporation of the charter of fundamental rights into the EU Law: status of the charter, scope of its binding force and application, interpretation problems and the Polish position. In: Barcz J (ed) *Fundamental rights protection in the European Union*. C.H Beck, Warsaw, pp 80–113
- Wyrzykowski M (1999) Klauzula europejska—zagrożenie suwerenności? (suwerenność a procedura ratyfikacyjna członkostwa Polski w UE) [The European Clause—a threat to sovereignty?]. In: Czapliński W, Lipowicz I, Skoczny T, Wyrzykowski M (eds) *Suwerenność a integracja europejska* [European integration and sovereignty]. Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego [The Centre for Europe of the University of Warsaw], Warsaw, pp 85–96
- Wyrzykowski M (2009) Introduction: limits of power and limits of interpretation. In: Barcz J (ed) *Fundamental rights protection in the European Union*. C.H Beck, Warsaw, pp 5–38
- Wyrzykowski M (2010) Die Verneinung der verfassungsrechtlichen Identität—Protokoll Nr. 30 zur Charta der Grundrechte der EU aus der Perspektive des polnischen Staatsbürgers [The negation of the constitutional identity—Protocol 30 to the charter of fundamental rights of the EU from the perspective of the citizen of the Polish state]. Paper delivered at the Luxembourgisches Forum, European Court of Justice, Luxembourg, 5 Sept 2010

Balancing EU Integration and National Interests in the Case-Law of the Court of Justice

Jürgen Schwarze

Abstract Striking an appropriate balance between the requirements of EU integration and due consideration of the Member States' legitimate interests is a challenge well known to the Court of Justice of the European Union. This article aims to give a rather general answer to the question as to what extent the ECJ has managed to reconcile the promotion of the Union's interests with due regard for the Member States' interests on the basis of an assessment of three different categories of judgments. While on the one hand numerous cases in which the ECJ managed to balance well EU integration against Member States' interests can be identified, there are on the other hand some examples of less well balanced decisions of the Court as well as judgments remaining somewhat ambivalent. The analysis of selected rulings of exemplary character carried out in this article reveals that the Court of Justice has altogether successfully managed to duly take into consideration the respective interests, using a diversity of judicial techniques. Doubts persist however in regard to a general line of the case-law that concerns a particular reasoning in the established practice of the ECJ, according to which the Member States shall be obliged to adhere to the general rules of EU law even in fields which are not subject to competences of the Union. It seems desirable that the Court of Justice accurately justifies its reasoning and clearly defines the limits of this interpretation technique in order to avoid its extensive application. As the struggle for an appropriate balance to be struck between the aims of the Union and

The author is Professor for Public Law, European Union Law and Public International Law at the University of Freiburg. He is director of the Institute for Public Law and the Europa-Institut Freiburg e.V. He wishes to express his gratitude to his research assistants Dominic Divivier, Elisabeth Göttlinger, Jonas Hail and Jan Wolters for their valuable help in preparing this contribution.

J. Schwarze (✉)

University of Freiburg, Freiburg, Germany

e-mail: juergen.schwarze@jura.uni-freiburg.de

the interests of the Member States is today and will be in the future one of the core tasks of the Court of Justice, the article concludes by recommending certain interpretation principles that might be helpful in reconciling EU integration with Member States' interests.

1 Introduction

Striking an appropriate balance between the requirements of EU integration and due consideration of the Member States' legitimate interests is a challenge well known to the Court of Justice of the European Union¹ since the beginning of its work even though its perception of this challenge might have changed in the course of time. The very important task of balancing those interests is, however, not expressly mentioned in the Treaties. Instead, the Treaties offer a wording practically unchanged since the beginning of the Community, stipulating that the Court of Justice shall "ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed".² Today it is common sense that the ECJ in its pioneering years, which were marked by the necessity to create judge-made law in order to form a new legal order, embraced an understanding of its task that focused rather unconditionally on the promotion of the Community's goals.³ Its adjudication was therefore dominated by a teleological reading, stressing the importance of the effective realisation of the integration program underlying the Treaties.⁴ For a long time now, the case-law indicates a clear change in the Court's understanding of its function in the relation between the Union and its Member States.⁵ This new self-perception is distinctly marked by an element of arbitration between the respective interests of the Member States and the Union. While the Court's role can therefore still be described as "guardian of the constitution" it no longer serves as an "engine of European integration".⁶ This however does not mitigate the fact that in some areas the ECJ still shows a certain readiness to retain the necessary

¹ Hereafter called ECJ, Court of Justice or Court.

² This wording was already used in Article 31 of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC); nowadays see Article 19 of the consolidated Version of the Treaty on European Union (TEU).

³ See Schockweiler 1995, p. 191 et seq. See especially regarding the development and promotion of European fundamental rights by the ECJ Skouris 2010, p. 859 et seq.

⁴ See Kutscher 1981, p. 400 et seq.

⁵ See for more details Schwarze 2012, Article 19 TEU para 63.

⁶ Mischo 1999, p. 28; Everling 1995, pp. 57, 70; Simm 1998, p. 111 et seq.

powers of the Union for future progress of integration. In this respect, the Court's ruling in the second case of *tobacco advertisement* may serve as an articulate example.⁷

It is against this background that this article aims to give a rather general answer to the question as to what extent the Court of Justice has managed to reconcile the promotion of the Union's interest with due regard for the Member States' interests. Such a contribution will necessarily have to concentrate on the analysis of selected rulings of exemplary character since an in-depth examination of the outlined complex of problems would exceed by far this article's intention and capacity for it would have to take into account the entire case-law touching upon problems of conflicting interests between the Union and its Member States. Thus, the present analysis will inquire into the essential aspects of balancing European integration against national interests on the basis of an assessment of three different categories of judgments given by the Court of Justice: While on the one hand numerous cases in which the ECJ managed to balance well EU integration against Member States' interests can be identified, there are on the other hand some examples of less well-balanced decisions of the Court as well as judgments which remain somewhat ambivalent. Alongside the case-by-case analysis, the contribution examines a general judicial practice which, in the author's opinion, illustrates why difficulties in the balancing of the respective interests are likely to emerge.

The type of procedure followed is of no particular relevance for the analyses at hand. It is true that the conflict described above is particularly immanent in Treaty infringement proceedings as they directly concern the tension that occurs between the protection of EU law and the Member States' scope of freedom. Nevertheless, the need for an appropriate balance to be struck between the interests of the Union and its Member States can also occur in any other procedure—e.g. an action for annulment between Member States and the EU institutions or in a preliminary reference procedure.

2 Well-Balanced Decisions in the Recent Case-Law of the European Court of Justice

A first example of a conclusive balance struck between the competing aspects of EU integration on the one hand and national interests on the other hand is the ECJ's judgment in the case of *Omega v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt*

⁷ ECJ Case C-380/03, *Germany v European Parliament et al.*, ECR 2006, I-11573. See for more details Schwarze 2008, p. 165 et seq; Stein 2007, p. 54.

Bonn,⁸ which concerned the protection of public policy by reason of an activity offending human dignity. In brief, the facts of this well-known case were as follows: Omega, a German company, had been operating an installation known as a 'laserdrome', in which games were offered with the objective of firing on human targets using a laser beam and other technical devices. The Bonn police authority issued a prohibition order against Omega because in its opinion the games which took place in the 'laserdrome' constituted a danger to public order, since the acts of simulated homicide and the trivialisation of violence thereby engendered were contrary to fundamental values prevailing in public opinion. The *Bundesverwaltungsgericht* (German Federal Administrative Court) asked the Court of Justice for a preliminary ruling on the question of whether it is compatible with the provisions on the freedom to provide services and the free movement of goods enshrined in Community law for the operation of a 'laserdrome' involving simulated killing action to be prohibited under national law because it offends against the values enshrined in the constitution.

Although the admissibility of the question referred had been questioned on the ground that the prohibition order would not have affected any operation of a cross-border nature, the ECJ declared the question admissible. For that prohibition order, having regard to its forward-looking nature, was capable of restricting the future development of contractual relations between the German company Omega and its British equipment supplier Pulsar and thus affecting the Treaty provisions which guarantee the freedom to provide services and the free movement of goods. In the end, the ECJ found the prohibition order to be compatible with the freedom to provide services. It stated that fundamental rights could justify a restriction of the obligations imposed by Community law, even under a fundamental freedom guaranteed by the Treaty such as the freedom to provide services. In that respect, it was however not sufficient for the fundamental right in question to be recognised in national constitutional law only. Rather, the ECJ stressed that respect for human dignity is guaranteed by Community law too and applied therefore a two-fold test. In doing so, the ECJ used a relatively complex method in order to confirm that an order prohibiting the commercial exploitation of games simulating acts of homicide could be justified on grounds of protecting public policy by reason of the fact that the activity in question is an affront to human dignity. Taking into consideration, however, that the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty have to be applied as consistently as possible within the European Union, the approach taken by the Court of Justice is perfectly intelligible.

With regard to the topic at hand it has to be appreciated that the ECJ in its *Omega* judgment explicitly acknowledged the possibility that Member States may have, at least to some extent, different standards even within the highly sensitive area of

⁸ ECJ Case C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECR 2004, I-9609. For further discussion of this judgment see amongst others Schwarze 2005, p 3459 et seq.; Ackerman 2005, p. 1107 et seq.; Bulterman and Kranenborg 2006, p. 93 et seq.; Chu 2006, p. 85 et seq.

protection of human dignity which are to be respected by Community law.⁹ *In casu* this meant that the notion of public policy was to some extent open for different interpretations in different Member States. The fact that the ECJ by giving this judgment has not assumed the role of a “Supreme Court” of fundamental rights protection has to be welcomed. On the contrary, one could argue, the ECJ did not claim to have the final word but restricted itself to ensuring the reasonableness of the Member States’ level of protection to the benefit of a decentralised protection of fundamental and human rights.

Another judgment in which national interests of Member States have been reconciled with EU integration was given by the ECJ in the case of *Oliver Brüstle v Greenpeace*.¹⁰

This reference for a preliminary ruling resulted from proceedings brought by Greenpeace e.V. seeking annulment of the German patent held by Mr Brüstle, which related to neural precursor cells and the processes for their production from embryonic stem cells and their use for therapeutic purposes. In the view of the referring *Bundesgerichtshof* (German Federal Court of Justice), the outcome of the application for annulment depended on whether the technical teaching of the patent at issue, in so far as it concerned precursor cells obtained from human embryonic stem cells, was excluded from patentability under § 2 para 2, first sentence, point 3, of the *Patentgesetz* (German Law on patents).¹¹ According to the *Bundesgerichtshof* the answer to that question depended in turn on the interpretation which should be given in particular to Article 6 para 2 subpara c of the Directive on the legal protection of biotechnological inventions (‘the Directive’),¹² which had been

⁹ ECJ Case C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, ECR 2004, I-9609, paras 30, 37, 38.

¹⁰ ECJ Case C-34/10, Judgment of 18 October 2011, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, not yet published in the ECR.

¹¹ § 2 of the *Patentgesetz*, as amended for the purposes of transposition of Article 6 of the Directive on the legal protection of biotechnological inventions (BGBl. 2005 I, p. 2521), is worded as follows:

1. Patents may not be granted for inventions whose commercial exploitation would be contrary to *ordre public* or morality; however, exploitation shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation.
2. In particular, patents shall not be awarded for: [...]
 - (3) uses of human embryos for industrial or commercial purposes; [...].

¹² Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, OJ 1998 L 213, p. 13.

transposed into German law via § 2 para 2, first sentence, point 3, of the *Patentgesetz*.¹³ Thus, the referring *Bundesgerichtshof* asked the ECJ to clarify the meaning of the terms “human embryos” and their uses “for industrial or commercial purposes” in Article 6 para 2 subpara c of the Directive.

The ECJ, sitting in Grand Chamber formation, decided that due to the need for a uniform application and the principle of equality the concept of ‘human embryo’ had to be given an autonomous EU law definition.¹⁴ Since the context and aim of the Directive showed that the EU legislature intended to exclude any possibility of patentability where respect for human dignity could thereby be affected, the ECJ further concluded that the concept of ‘human embryo’ within the meaning of Article 6 para 2 subpara c of the Directive had to be understood in a wide sense.¹⁵ Accordingly, any human ovum, as soon as fertilised, had to be regarded as a ‘human embryo’ within the meaning and for the purposes of the application of Article 6 para 2 subpara c of the Directive, since that fertilisation is such as to commence the process of development of a human being.¹⁶ As regards stem cells obtained from a human embryo at the blastocyst stage, it would be for the referring court to ascertain, in the light of scientific developments, whether they are capable of commencing the process of development of a human being and, therefore, included within the concept of ‘human embryo’.¹⁷ Regarding the question whether the concept of ‘uses of human embryos for industrial or commercial purposes’ within the meaning of Article 6 para 2 subpara c of the Directive also covers the use of human embryos for purposes of scientific research, the ECJ decided that “clearly the grant of a patent implies, in principle, its industrial or commercial application. [...] Although the aim of scientific research must be distinguished

¹³ Article 6 of Directive 98/44/EC reads as follows:

1. Inventions shall be considered unpatentable where their commercial exploitation would be contrary to *ordre public* or morality; however, exploitation shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation.

2. On the basis of para 1, the following, in particular, shall be considered unpatentable:
[...]

(c) uses of human embryos for industrial or commercial purposes; [...].

¹⁴ ECJ Case C-34/10, Judgment of 18 October 2011, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, not yet published in the ECR, para 25 et seq.

¹⁵ ECJ Case C-34/10, Judgment of 18 October 2011, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, not yet published in the ECR, para 34.

¹⁶ ECJ Case C-34/10, Judgment of 18 October 2011, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, not yet published in the ECR, para 35.

¹⁷ ECJ Case C-34/10, Judgment of 18 October 2011, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, not yet published in the ECR, para 37. According to Ohly 2011, this question has, as science stands today, to be answered in the negative for pluripotent stem cells.

from industrial or commercial purposes, the use of human embryos for the purposes of research which constitutes the subject-matter of a patent application cannot be separated from the patent itself and the rights attaching to it.”¹⁸

With this decision, the ECJ has further elaborated on its progressive perception in the field of fundamental and human rights protection¹⁹ and almost entirely precluded the patentability of inventions stemming from research on embryonic stem cells.²⁰ This result has been criticised because the ECJ by giving an interpretation on questions of patent law has allegedly deprived research in the field of embryonic stem cells of its economic basis.²¹ However, especially with regard to the protection of human embryos the Member States have, based on their respective ethical and cultural beliefs, developed different concepts of protection which have different definitions of a ‘human embryo’ at their hearts and vary in terms of the scope they allow for research on embryonic stem cells.²² Even though the Member States who submitted observations to the Court (Ireland, Portugal, Sweden and the United Kingdom) took the view that the definition of ‘human embryo’ should be left solely to their discretion,²³ the ECJ rightly stated that in the absence of a uniform definition of the concept of human embryo authors of certain biotechnological inventions could be tempted to seek their patentability in the Member States which have the narrowest concept of human embryo and are accordingly the most liberal as regards possible patentability.²⁴ Such a situation would not only adversely affect the smooth functioning of the internal market which is the aim of the Directive,²⁵ but also broadly devalue other Member

¹⁸ ECJ Case C-34/10, Judgment of 18 October 2011, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, not yet published in the ECR, para 41 et seq.

¹⁹ See, regarding the far-reaching protection of fundamental and human rights guaranteed by the ECJ, its decisions: ECJ Case C-423/04, *Sarah Margaret Richards v Secretary of State for Work and Pensions*, ECR 2006, I-3585 regarding equal treatment for men and women in matters of social security in the context of a refusal to award a retirement pension at the age of 60 to a transsexual who has undergone male-to-female gender reassignment surgery; Case C-13/94, *P v S and Cornwall County Council*, ECR 1996, I-2143 regarding equal treatment for men and women in the context of a dismissal of a transsexual; Case C-404/92 *P, X v European Commission*, ECR 1994, I-4737 regarding a breach of the right of secrecy as regards state of health. See regarding the peculiar relevance of the Charter of Fundamental Rights of the European Union for the future development of EU law, von Danwitz 2012, p. 39.

²⁰ An exception only exists for inventions for therapeutic or diagnostic purposes which are applied to the human embryo and are useful to it, recital no. 42 of Directive 98/44/EC.

²¹ Groh 2011, p. 912.

²² See Opinion of Advocate General Bot delivered on 10 March 2011, Case C-34/10, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, not yet published in the ECR, para 66 et seq. and Laimböck and Dederer 2011, p. 665; Heyer and Dederer 2007.

²³ See Opinion of Advocate General Bot delivered on 10 March 2011, Case C-34/10, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, not yet published in the ECR, para 62.

²⁴ ECJ Case C-34/10, Judgment of 18 October 2011, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, not yet published in the ECR, para 28.

²⁵ ECJ Case C-34/10, Judgment of 18 October 2011, *Oliver Brüstle v Greenpeace eV*, not yet published in the ECR, para 28.

States' stricter laws on the protection of human embryo. For that reason it would not have been intelligible either to displace the problem off Article 6 para 2 subpara c to the *ordre public* caveat in Article 6 para 1 of the Directive. If the Member States' legal systems show considerable differences in an area that concerns essential questions of fundamental rights protection, it is in my view unobjectionable that the ECJ adopts an autonomous interpretation of the relevant secondary EU law which is guided by the highest level of protection that can be found among the Member States. In this sense, the necessary balance that often has to be struck not only between EU integration and national interests but also between different national interests can well result in a profound decision of the ECJ in favour of EU integration which ensures the highest level of fundamental rights protection in all Member States.²⁶

A further judgment of the ECJ that has to be approved for its well struck balance between EU integration and the Member States' national interests is the one in the combined cases of *Apothekerkammer des Saarlandes and others* (C-171/07) and *Helga Neumann-Seiwert* (C-172/07) *v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*.²⁷ In a nutshell, the well-known facts underlying these cases were as follows. The Ministry for Justice, Health and Social Affairs of the federate state of Saarland ('the Ministry') had granted DocMorris NV, a Dutch company whose business includes the selling of medicinal products by mail order, a licence to operate a branch pharmacy in Saarbrücken, subject to a condition requiring it to recruit a pharmacist who would be entrusted with managing the pharmacy in question personally and on his own responsibility. The claimants in the main proceedings brought actions before the *Verwaltungsgericht des Saarlandes* (Administrative Court, Saarland) for annulment of the decision to grant that licence to DocMorris submitting that the latter would have been contrary to the *Gesetz über das Apothekenwesen* (Law on Pharmacies) because it infringed the so-called '*Fremdbesitzverbot*', according to which the right to own and operate a pharmacy is restricted to pharmacists alone.²⁸ The Ministry, supported by DocMorris, contended that the grant of the licence had been lawful because it would have been obliged to disapply the relevant provisions of the *Gesetz über das Apothekenwesen* on the ground that they infringed the freedom of establishment, today enshrined in Article 49 TFEU. For a capital company lawfully operating a pharmacy in a Member State would not have had access to the German pharmacy market and such a restriction were not necessary for achieving the legitimate objective of protection of public health.

²⁶ See Schwarzburg 2012, p. 301 et seq.

²⁷ ECJ joined Cases C-171/07 and C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes et al.* (C-171/07) and *Helga Neumann-Seiwert* (C-172/07) *v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, ECR 2009, I-4171. For further discussion of this judgment see amongst others Mand 2010, p. 702 et seq.; Günther 2009, p. 285 et seq.

²⁸ The so-called '*Fremdbesitzverbot*' is enshrined in § 2 para 1 subpara 3 in conjunction with §§ 7 and 8 of the *Gesetz über das Apothekenwesen*.

As regards the question whether the restrictions on freedom of establishment undoubtedly flowing from the German rules excluding non-pharmacists could be justified by the objective of protecting public health as overriding reason in the general interest, the ECJ stated: “When assessing whether [the freedom of establishment] has been complied with, account must be taken of the fact that the health and life of humans rank foremost among the assets and interests protected by the Treaty and that it is for the Member States to determine the level of protection which they wish to afford to public health and the way in which that level is to be achieved. Since the level may vary from one Member State to another, Member States must be allowed discretion [...].²⁹ In the exercise of that discretion, Member States were allowed to take the view that the operation of a pharmacy by a non-pharmacist may present a risk to public health, because the latter’s pursuit of profit would not be “tempered by his training, by his professional experience and by the responsibility which he owes”³⁰ as would be the case with pharmacists by profession.³¹ Since the ‘*Fremdbesitzverbot*’ were furthermore appropriate for ensuring that the provision of medicinal products to the public is reliable and of good quality and, therefore, that public health is protected³² and did not go beyond what was necessary for attaining that objective, the restrictions on freedom of establishment flowing from the German *Gesetz über das Apothekenwesen* were justified.³³

²⁹ ECJ joined Cases C-171/07 and C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes et al. (C-171/07) and Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, ECR 2009, I-4171, para 19.

³⁰ ECJ joined Cases C-171/07 and C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes et al. (C-171/07) and Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, ECR 2009, I-4171, para 37.

³¹ ECJ joined Cases C-171/07 and C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes et al. (C-171/07) and Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, ECR 2009, I-4171, para 39. According to the Court of Justice it is also permissible for a Member State *inter alia* to assess, “whether such a risk exists in the case of manufacturers and wholesalers of pharmaceutical products on the ground that they might compromise the independence of employed pharmacists by encouraging them to promote the medicinal products which they produce or market themselves. Likewise, a Member State may determine whether operators lacking the status of pharmacist are liable to compromise the independence of employed pharmacists by encouraging them to sell off medicinal products which it is no longer profitable to keep in stock or whether those operators are liable to make reductions in operating costs which may affect the manner in which medicinal products are supplied at retail level.” ECJ joined Cases C-171/07 and C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes et al. (C-171/07) and Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, ECR 2009, I-4171, para 40.

³² ECJ joined Cases C-171/07 and C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes et al. (C-171/07) and Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, ECR 2009, I-4171, para 51.

³³ ECJ joined Cases C-171/07 and C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes et al. (C-171/07) and Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, ECR 2009, I-4171, para 58.

This recognition and consistent observance of a discretion accorded to the Member States in the important field of the protection of public health has to be appreciated and is persuasive in substance. The latter conclusion cannot either be called into question by the fact that due to the relevant judgment, pharmacists are treated differently from opticians³⁴ whose work is by comparison rather technical. As the Court of Justice rightly concluded, medicinal products prescribed or used for therapeutic reasons may, unlike optical products, “none the less prove seriously harmful to health if they are consumed unnecessarily or incorrectly, without the consumer being in a position to realise that when they are administered. Furthermore, a medically unjustified sale of medicinal products leads to a waste of public financial resources which is not comparable to that resulting from unjustified sales of optical products.”³⁵ Also in light of the fact that the compatibility of the German provisions on pharmacies with the *Grundgesetz* (German Constitution) has been scrutinised and affirmed by the *Bundesverfassungsgericht* (German Federal Constitutional Court) on several occasions,³⁶ it has to be welcomed that the ECJ has also declared them to be consistent with EU law. This is because the interests of the Member States which have to be balanced against EU integration can by all means manifest in judgments of their respective constitutional courts which declare those interests to be protected under national constitutional law. To take the latter aspect—albeit tacitly—into account when balancing national interests and EU integration would therefore be a substantial contribution of the Court of Justice to its cooperation with the highest courts of the Member States.

3 Less Well-Balanced Decisions in the (Recent) Case-Law of the European Court of Justice

The line of appreciated case-law, illustrated in the section above, is contrasted in a way by a limited number of cases in which the Court of Justice has solved the conflict of interests between the Union and its Member States in a rather

³⁴ In ECJ Case C-140/03, *European Commission v Hellenic Republic*, ECR 2005, I-3177 the Court of Justice found that the Hellenic Republic had failed to fulfil its obligations under Articles 49 (former Article 43 EC Treaty) and 54 TFEU (former Article 48 EC Treaty) by enacting and maintaining in force national provisions under which the establishment by a legal person of an optician’s shop was subject *inter alia* to the condition that authorisation for the establishment and operation of that shop had to have been granted to a recognised optician who was a natural person and the person holding the authorisation to operate the shop had to hold at least 50 % of the company’s share capital and participate at least to that extent in the profits and losses of the company.

³⁵ ECJ joined Cases C-171/07 and C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes et al. C-171/07* and *Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, ECR 2009, I-4171, para 60.

³⁶ See BVerfGE 5, 377 et seq. (establishment of a pharmacy) and the fundamental decision BVerfGE 7, 377 et seq. (judgment on pharmacies). See also BVerfGE 13, 225 ff. (station pharmacy Frankfurt) and BVerfGE 104, 357 et seq. (opening hours for pharmacies).

unsatisfactory manner. All of these cases are characterised by a certain lack of regard for the Member State's legitimate interests in favour of the promotion of the Union's goals. In this respect, the Court's judgment in the case of *Mangold v Helm* may serve as a prominent example.³⁷ Here, the ECJ has made use of the well-established judicial technique to assume the existence of a general principle of EU law, drawing on legal notions from the legal orders of the Member States without, however, being able in this particular case to establish that the essence of this principle was sufficiently rooted in the Member States' legal orders. The Member States' legitimate interests are exposed to an even greater threat of undue disregard where the Court has to strike a balance between the respective interests in matters that touch upon areas of exclusive legislative competence of the Member States. This is likely to happen mainly in two circumstances which are outlined in the following. On the one hand the Court of Justice, on the basis of established case-law, considers itself entitled to fully seek protection and promotion of fundamental provisions of EU law even in fields where the Treaties do not provide for a Union competence to act. On the other hand a number of concerns arise with regard to the judicial interpretation of the concept of Union Citizenship (Article 20 TFEU). So far, the recent case-law is marked by an extensive understanding, which tends, in different respects, to undermine the original concept spelled out in the Treaties.

Maybe the clearest example for the first set of problems—promotion and protection of fundamental Treaty provisions in fields exceeding EU competence—is the Court's judgment in the case of *Tanja Kreil*, concerning the access of women to the German military.³⁸ In this case, the ECJ had to rule on the question whether a young woman enjoyed—contrary to the provisions of German law—a right granted by the EU Treaties to join voluntarily the military force in the capacity of an electronics engineer. The Court of Justice came to the conclusion that the exemption clause of the then underlying Directive on equal treatment for men and women as regards access to employment³⁹ was not applicable for the service in the armed forces. This ruling displays a general concept the Court of Justice applies: Fundamental principles of EU law—like the principle of equal treatment—will not be dismissed as inapplicable only because the Union lacks competence in the area concerned, as is the case regarding the organization of national military forces. On the basis of this

³⁷ ECJ Case C-144/04, *Mangold v Helm*, ECR 2005, I-9981. In this case, the ECJ has acknowledged the prohibition of discrimination based on age as a general legal principle of the Community, even though this principle was only established in the legal orders of two Member States; for a detailed analyses on the function of general principles Schwarze 2011, p. 723; see for further reading regarding the general relevance of general principles Lenaerts and Gutiérrez-Fons 2010, p. 1629 et seq.

³⁸ ECJ Case C-285/98, *Kreil v Germany*, ECR 2000, I-69.

³⁹ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions Official Journal L 039, 14/02/1976 pp. 0040–0042.

reasoning, Mrs. Kreil was ultimately given permission to work for the German military and the German provisions in question, including the *Grundgesetz* (German Constitution), were modified in accordance with the Court's ruling.

However, the approach taken by the Court has raised considerable concerns. It was held to touch on the very limits of arguable interpretation of law.⁴⁰ Presumably, the general reception of this adjudication would have been significantly harsher, if it had not touched upon the then politically sensitive issue of gender discrimination. In a strictly legal perspective, it remains nevertheless questionable whether the principal concept underlying the ruling does not have to be reconsidered in general, in so far as the potential of an undue encroachment on Member States' competences is obvious.⁴¹ This aspect will be resumed in general terms as a final remark at the end of this contribution.

Admittedly, the Court of Justice is confronted here with a very delicate task. While it has to seek protection and promotion of fundamental principles of EU law, it should not disregard the limits of the Union's competences conferred by the Treaties and should thus abstain from encroaching on the Member States' competences. In my opinion, in such a situation of conflicting fundamental principles, the ECJ is called upon to set out in a clear, accurate and systematic reasoning the criteria according to which the colliding interests can be reconciled. While up to now the Court has made use of the EU integration favouring line of argument discussed in a rather abstract manner,⁴² in the future the main focus should be on a substantial justification for any extensive reading of the scope of application of fundamental principles of EU law.

The second complex of questions mentioned above refers to the occasionally far-reaching effect of EU citizenship,⁴³ which can be exemplified by the recent judgment of the ECJ in the case of *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi*.⁴⁴ The latter marks in a sense the climax of an already very generous

⁴⁰ Tomuschat 2005, p. 872.

⁴¹ See Schwarze 2001, p. 241 et seq.

⁴² E.g. ECJ Case C-155/09, Judgment of 20 January 2011, *European Commission v Hellenic Republic*, not yet published in the ECR, para 39: "[...] according to settled case-law, although direct taxation falls within their competence, the Member States must none the less exercise that competence consistently with EU law [...]" ECJ Case C-208/09, Judgment of 22 December 2010, *Sayn-Wittgenstein v Landeshauptamt von Wien*, not yet published in the ECR, para 38: "Although, as European Union law stands at present, the rules governing a person's surname and the use of titles of nobility are matters coming within the competence of the Member States, the latter must none the less, when exercising that competence, comply with European Union law [...]."

⁴³ See also Schwarze 2008.

⁴⁴ ECJ Case C-34/09, Judgment of 8 March 2011, *Zambrano v Office national de l'emploi*, not yet published in the ECR; see amongst others Kubicki 2011, p. 279 et seq.; Hailbronner and Thym, 2011, p. 1253 et seq.; Vizthum 2011, p. 550 et seq.; Huber 2011, p. 856.

adjudication in this field of EU law,⁴⁵ where the task of due balancing EU integration against Member States' interests is performed in a rather unconvincing manner. The case concerned the legal status of third state nationals in the European Union.⁴⁶

Mr Ruiz Zambrano and his wife, both Columbian nationals, applied for asylum in Belgium due to the civil war in Columbia. The Belgian authorities refused to grant them refugee status and ordered them to leave Belgium. While the couple continued to reside in Belgium, waiting for their applications to have their residence situation regularised, Mr Ruiz Zambrano's wife gave birth to two children who acquired Belgian nationality. Although he did not hold a work permit, Mr Ruiz Zambrano signed an employment contract for an unlimited period to work full-time with a company established in Belgium. Consequently, at the time of the birth of his first child, he had sufficient resources from his working activities to provide for his family. Through his work, statutory deductions were made for social security and the payment of employer contributions. Mr Ruiz Zambrano then had a number of periods of unemployment and accordingly applied for unemployment benefit. Those applications were refused because, in view of the Belgian authorities, he did not comply with the foreigners' residence requirements under Belgian legislation and was not entitled to work in Belgium. Mr and Mrs Ruiz Zambrano also lodged an application to take up residence in Belgium, in their capacity as ascendants of a Belgian national. The Belgian authorities rejected that application, however, taking the view that they had intentionally omitted to take the necessary steps with the Columbian authorities to have their children recognised as Columbian nationals, precisely in order to regularise their own residence in Belgium. Mr Ruiz Zambrano brought legal proceedings challenging the decisions refusing his applications for residence and unemployment benefit on the ground that, as an ascendant of minor Belgian children, he felt entitled to reside and work in Belgium. The *Tribunal du travail de Bruxelles* (Employment Tribunal, Brussels) before which the proceedings challenging the rejection decisions were brought, asked the Court of Justice whether Mr Ruiz Zambrano may rely on EU law to reside and work in Belgium. By that question, the Belgian court asked whether EU law was applicable, even though Mr Ruiz Zambrano's children have never exercised their right of free movement within the European Union. The ECJ interpreted Article 20 TFEU "as meaning that it precludes a Member State from refusing a third country national upon whom his minor children, who are European Union citizens, are dependent, a right of residence in the Member State of residence and nationality of those children, and from refusing to grant a work permit

⁴⁵ Montag and von Bonin 2011, p. 3624; see further e.g. ECJ Case C-127/08 *Metock and others v Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ECR 2008, I-6241, here the Court adjudicates on grounds of an extensive understanding of the scope of application of the underlying provisions on family reunion, see on this issue Epiney 2008, p. 840 et seq.

⁴⁶ See ECJ Case C-34/09, Judgment of 8 March 2011, *Zambrano v Office national de l'emploi*, not yet published in the ECR, para 14 et seq.

to that third country national, in so far as such decisions deprive those children of the genuine enjoyment of the substance of the rights attaching to the status of European Union citizen”.⁴⁷

The concerns arising from this judgment with regard to the adequate balancing of EU integration and national interests are twofold. It has to be stressed however, that the following critique does not aim at the result of the concrete case. The latter may well be justified in view of a case of individual hardship. Account must nevertheless be taken of the considerable impact which this ruling has: it goes well beyond the concrete case of those fields of competence which are central to the Member States’ legitimate autonomous interests. In this respect, while it is well imaginable that Union citizenship provides protection for children of Union citizens, it strikes me as rather far-fetched to use this line of argument vice versa. Given the entire lack of competence of the Union in the field of national citizenship, this reverse derivation constitutes a rather questionable interpretation, also because of its potential consequences. On the basis of this reasoning, Union citizenship provides for a legal status quite similar to national citizenship, even though the competence for matters of citizenship remains strictly in the domain of the Member States. The finding of the Court thus threatens to undermine the concept established in the Treaties according to which “[c]itizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship” (Article 20 TFEU). A further potential threat of an undue extensive reading of this provision to the detriment of Member States’ powers flows from the Court’s finding that in this particular case the requirement of a cross-border element is expendable. In this respect, it seems appropriate to once again recall the concept of Union citizenship established in the Treaties according to which protection in principle is only provided in matters which have an element of cross-border movement. The renunciation of this important qualification without an underlying substantiated, systematic reasoning meets considerable concerns. Despite the obvious significance of the ruling, the Court does not further substantialise his reasoning either in substance or method. Certainly, the ECJ made an effort to reasonably limit the cases where any cross-border movement is expendable, for the application of the concept of Union citizenship in purely internal situations was made conditional upon the persons concerned being unable to exercise the “substance of the rights” conferred on them by Union citizenship.⁴⁸ The Court also made an appreciable attempt to offer a more precise description of the notion of “substance of the rights” in a subsequent case, stating that the “criterion relating to the denial of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of European Union citizen status refers to situations in which the Union citizen has, in fact, to leave not only the territory of the Member State of which he is a national but also

⁴⁷ ECJ Case C-34/09, Judgment of 8 March 2011, *Zambrano v Office national de l’emploi*, not yet published in the ECR, operative part.

⁴⁸ ECJ, as cited above. para 44.

the territory of the Union as a whole”.⁴⁹ In spite of these perimeters, the practice chosen by the Court cannot be treated lightly: limiting the scope of application of Union citizenship in purely internal situations by establishing a qualification as nebulous as “substance of rights” does not by far solve all problems of legal interpretation. On the contrary, it is likely to entail new problems in its indistinct diction. For these reasons, the Court of Justice is well-advised to provide in its reasoning a clearer explanation of the judicial concept applied in the *Zambrano* case as well as to thoroughly set out the limits of this far-reaching interpretation of Union citizenship. After all, the adjudication discussed in this section affects the competence of the Member States in politically highly sensitive areas.

4 Ambivalent Cases

Some cases of the Court of Justice can be considered as neither entirely convincing nor dissatisfying in the light of balancing EU integration and Member State interests. Thus, these cases form—beside the case groups of well-balanced and less well-balanced decisions—a third category of cases, which remains in between those two in a sort of middle ground due to the fact that they contain positive as well as critical traits. A concrete example of this category of cases can be seen in the recent judgments of the ECJ concerning several Member States’ legislation on the profession of notary.⁵⁰

In those cases the Commission brought actions for failure to fulfil obligations against Germany and five other Member States because they reserved access to the profession of notary to their own nationals. In the Commission’s opinion the nationality condition constituted discrimination on grounds of nationality prohibited by the EC Treaty and thus a violation of Article 49 TFEU (former Article 43 EC Treaty). The Member States concerned in these cases argued that a notary is a public office-holder and, as such, is connected with the exercise of official authority whose activities are, according to Article 51 para 1 TFEU (former Article 45 para 1 EC Treaty), excluded from the rules on freedom of establishment. Hence, the principal question in these cases was whether the activities of the profession of notary are connected with the exercise of official authority within the meaning of EU law.

⁴⁹ ECJ Case C-256/11, Judgment of 15 November 2011 *Murat Dereci et al. v Bundesministerium für Inneres*, not yet published in the ECR, para 66.

⁵⁰ ECJ Cases C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08, C-52/08, Judgments of 24 May 2011, *European Commission v Belgium/France/Luxembourg/Austria/Germany/Greece/Portugal*, not yet published in the ECR; the following text refers to ECJ Case C-54/08, *European Commission v Germany*.

In his decision the Court initially noted that the principal function of a notary is to authenticate legal instruments and acts.⁵¹ By doing so the notary verifies that all conditions required by law for the drawing up of the instrument are satisfied and that the parties concerned have legal personality and capacity to enter into legal transactions. Due to the fact that the parties decide themselves, within the limits laid down by law, the extent of their rights and obligations and choose freely the conditions which they wish to be subject to when they produce a document or agreement to the notary for authentication, the ECJ concluded that the notary's intervention presupposes the prior existence of an agreement or consensus of the parties.⁵² Accordingly the activity of authentication entrusted to notaries does in the Court's view not involve a direct and specific connection with the exercise of official authority within the meaning of Article 51 para 1 TFEU (former Article 45 para 1 EC Treaty).⁵³

Although the notary's verification pursues an objective in the public interest, namely to guarantee the lawfulness and legal certainty of documents entered into by individuals, the mere pursuit of that objective could not, according to the ECJ, justify the powers necessary for that purpose being reserved exclusively to notaries who are nationals of the Member State concerned.⁵⁴ Consequently, the nationality condition for access to the profession of notary required by the legislation of the concerned Member States constituted discrimination on grounds of nationality prohibited by Article 49 TFEU.

This judgment given by the ECJ is characterised by its compromising character and a certain ambivalence.⁵⁵ On the one hand the nationality condition for the access to the profession of notary is judged as prohibited discrimination and the exception to the principle of freedom of establishment in Article 51 para 1 TFEU is declared inapplicable; contrariwise the ruling reveals that the Court seems to consider other special conditions, notably the public law requirements regarding the organisation of the profession of notary, not to be prohibited by the Treaties.⁵⁶ In fact the Court issues the following general statement: *“However, the fact that notarial activities pursue objectives in the public interest, in particular to*

⁵¹ ECJ Case C-54/08, Judgment of 24 May 2011, *European Commission v Germany*, not yet published in the ECR, para 90.

⁵² ECJ Case C-54/08, Judgment of 24 May 2011, *European Commission v Germany*, not yet published in the ECR, para 91.

⁵³ ECJ Case C-54/08, Judgment of 24 May 2011, *European Commission v Germany*, not yet published in the ECR, para 93.

⁵⁴ ECJ Case C-54/08, Judgment of 24 May 2011, *European Commission v Germany*, not yet published in the ECR, para 96.

⁵⁵ Likewise Fuchs 2011, p. 475 et seq.

⁵⁶ In this sense the ECJ clarifies already at the beginning of his decision, that the Commission's relevant head of claim relates neither to the status or the organisation of notaries, nor to other conditions of access; it concerns solely the nationality condition laid down by the legislation at issue for access to the profession of notary, ECJ Case C-54/08, Judgment of 24 May 2011, *European Commission v Germany*, not yet published in the ECR, para 75 et seq. This interpretation has recently been shared by the Bundesverfassungsgericht which states in its

*guarantee the lawfulness and legal certainty of documents entered into by individuals, constitutes an overriding reason in the public interest capable of justifying restrictions of Article 43 EC [now Article 45 TFEU] deriving from the particular features of the activities of notaries [...].*⁵⁷ It is quite remarkable that the ECJ—although it does not intend to apply the exception of Article 51 para 1 TFEU to the activity of notary—considers practically all other conditions which characterise the profession of notary, such as the restrictions which derive from the procedure according to which notaries are appointed, the limitation of their numbers and territorial jurisdiction, or the rules governing their remuneration, independence, disqualification from other offices and protection against removal, to be justifiable.⁵⁸ Thus, it appears that all of these restrictions on freedom of establishment flowing from national legislation for the profession of notary can be justified, because they pursue objectives in the public interest, even though the Court refused to apply the exception of Article 51 para 1 TFEU and found the nationality condition to constitute discrimination on grounds of nationality prohibited by the Treaties. Notwithstanding the fact that the listed distinct features of national legislation for the profession of notary could be subject to re-examination by the Court in the future, the ruling discussed leads to the assumption of their compatibility with EU law; to put it casually, the ECJ seems to provide a “light” exception of restrictions on freedom of establishment stemming from national rules on the profession of notary.

With regard to the question of an appropriate balance between European integration and national interests the compromise found by the Court appears at least acceptable even though a positive affirmation of the exception of Article 51 para 1 TFEU would have been preferable. Even though—as far as can be seen—apart from the nationality condition, there is no need for the Member States to change their legislation on the profession of notary, the Court’s main reason for denying the exception of Article 51 para 1 TFEU does not convince at all. According to the Court’s judgment the activities of notaries are not connected with the exercise of official authority because the notary’s intervention presupposes the prior existence of an agreement or consensus of the parties concerned. However, the question whether an activity is connected with the exercise of official authority rather depends on the arrangement of the relevant legislation governing the activity concerned and whether the latter is—like in Germany—carried out by a public office with public responsibility. In other words the exercise of authority is not defined through the absent influence of the parties concerned but by the

(Footnote 56 continued)

decision of 19 June 2012 (Case 1 BvR 3017/09, para 46) that the ECJ’s judgement in Case C-54/08 only calls for an abolition of the nationality condition.

⁵⁷ ECJ Case C-54/08, Judgment of 24 May 2011 *European Commission v Germany*, not yet published in the ECR, para 98.

⁵⁸ ECJ Case C-54/08, Judgment of 24 May 2011, *European Commission v Germany*, not yet published in the ECR, para 98.

execution of public powers⁵⁹; for there is no denying that for example German courts giving judgments in civil matters are exercising official authority although according to German procedural law the parties are broadly able to determine the procedure themselves. Summing up, the reasons of the Court's decision are cast into reasonable doubts, while more convincing arguments support the view that the activities carried out by notaries are to be exempt from the prohibition of restrictions on the freedom of establishment, enshrined in Article 49 TFEU. For that reason, in my view, legitimate national interests which are legally protected by Article 51 para 1 TFEU have not been taken into account adequately. With regard to the question at hand of balancing European integration and national interests, this decision seems to go at the expense of the latter, especially because the Member States—as the numerous participations in the proceedings show—were obviously interested in preserving their traditional legislation on notaries.⁶⁰ At least the ECJ tried to tolerably accommodate the national interests by generating the “*light*” exception stated above.

5 Conclusion

This overview based on a selection of exemplary cases shows that the Court of Justice has altogether successfully managed to duly take into consideration the legitimate interests of the Member States in the process of balancing them against EU integration. In doing so, the Court applied a diversity of judicial techniques ranging from restrictive legal interpretation to the back reference of certain issues to national courts in preliminary reference proceedings. In an albeit minor number of cases, preliminary rulings of the ECJ fell short of a comprehensive answer to the questions stated by the national courts, thus creating deficiencies in terms of legal certainty to the parties concerned. Other than that, the Court was at all times willing and able to fully promote the goal of EU integration. It is against this background that in the future a critical analysis of the Court's adjudication on balancing European and national interests has to focus on the adequate appraisal of the fundamental interests of the Member States. As regards the general possibility of Member States to articulate their national interests, the right of national parliaments to take actions on grounds of an infringement of the principle of subsidiarity is of particular importance.⁶¹ This instrument was established by the Treaty of Lisbon but has not been used yet. It is meant to serve as *ultima ratio* to enforce national interests in the conflict of the allocation of competences between the Union and its Member States. According to the political practice in federally

⁵⁹ Calliess and Korte 2011, § 5 para 140; Korte and Steiger, NVwZ 2011, p. 1245.

⁶⁰ For example in the case ECJ Case C-54/08, Judgment of 24 May 2011, *European Commission v Germany*, not yet published in the ECR, Germany was supported by 11 Member States.

⁶¹ See Article 3 para 3 TEU along with protocols. See for an in-depth analysis Mellein 2007.

structured Member States such as the Federal Republic of Germany, single state parliaments can also rely on this procedure to protect their specific regional interests.⁶²

With regard to the general line of the Court's case-law, the present analysis has brought to light a principle that could be rethought and, if necessary, rendered more precise in order to improve the consideration of national interests in possible conflicts with the aims of EU integration from the outset. It concerns a particular reasoning in the established practice of the ECJ,⁶³ according to which the Member States shall be obliged to adhere to the general rules of EU law such as fundamental freedoms or principles of non-discrimination even in fields which are not subject to competences of the Union.⁶⁴ Indeed it is a dilemma for the Court because, on the one hand, it has committed itself to safeguarding fundamental legal principles within the European Union and, on the other hand, has to respect and preserve the limits of the Union's competences.⁶⁵ However, in such a situation of conflicting legal principles—the need for the preservation of fundamental rules of EU law versus the duty to respect remaining national competences of the Member States—it seems indispensable that the Court of Justice accurately justifies its above-mentioned reasoning and, even more importantly, clearly defines the limits of this interpretation technique in order to avoid its extensive application.⁶⁶ In this context, principles developed by national constitutional law for the purpose of striking a balance between different constitutional aspects could prove beneficial also in the context of EU law, for the Union's principle structure set by the Union Treaties is quite comparable to a national constitutional order. Therefore on European as well as on national level the same tensions arise when conflicting fundamental legal positions have to be balanced against each other. Hence certain national interpretation principles as the “*Praktische Konkordanz*” (principle of practical concordance)⁶⁷ or the “*Gebot des schonendsten Ausgleichs*” (precept of most gentle balancing)⁶⁸ might also be helpful for reconciling EU interests with those of the Member States.

⁶² See for example for the federate state of Baden-Württemberg the Gesetz über die Beteiligung des Landtags in Angelegenheiten der Europäischen Union (EULG) of 17 February 2011 (GBl. p. 77).

⁶³ See for example ECJ Case C-391/09, Judgment of 12 May 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v Vilniaus miesto savivaldybės administracija et al.*, not yet published in the ECR, para 63 and Case C-208/09, Judgment of 22 December 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*, not yet published in the ECR, para 38.

⁶⁴ See for an elaborate analysis Schwarze 2001, particularly regarding the *Tanja Kreil*-case, p. 242 et seq.

⁶⁵ See Kokott et al. 2008, p. 10 et seq.

⁶⁶ See Schwarze 2001, p. 242.

⁶⁷ Hesse 1995, para 317. See, specifically regarding this interpretation principle in the relation between national and European law, Schwarze 1993, p. 591 et seq.

⁶⁸ Lerche 1961.

It does not surprise at all that a case-law analysis in a highly important and sensitive field such as the balance between EU integration and national interests always covers decisions regarding borderline cases the result of which might be debatable. On this subject, what Hans von der Groeben, a pioneer of European integration and former member of the Commission, reported about the beginning of European jurisdiction came true: “At that time only few recognized [...] that thereby [by the establishment of a judicial supervision body] not only an European civil and administrative court was established but a constitutional court, whose decisions should gain fundamental relevance for the constitution of the Community and the relations between the Community and the Member States.”⁶⁹

One has to be aware of the fact that the struggle for an appropriate balance to be struck between the aims of the Union and the interests of the Member States is today and will be⁷⁰ in the future one of the core tasks of the ECJ as a constitutional court of an European Union⁷¹ which consists jointly of its institutions, Member States and citizens.

References

- Ackermann T (2005) Case C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn. Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 14 Oct 2004. CMLR, pp 1107–1120
- Bulterman MK, Kranenborg HR (2006) What if rules on free movement and human rights collide? About laser games and human dignity: the Omega case. *Eur Law Rev*:93–101
- Calliess C, Korte S (2011) Dienstleistungsrecht in der EU: Handbuch des Rechts der Europäischen Union zum freien Dienstleistungsverkehr. C.H. Beck, München
- Chu G (2006) “Playing at Killing” freedom of movement. *Legal Issues Econ Integr* 33:85–94
- Epiney A (2008) Von Akrich über Jia bis Metock: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug—Gleichzeitig eine Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 25.7.2008, Rs. C-127/08 (Metock). *EuR*:840–857
- Everling U (1995) Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht-Urteil. In: Randelzhofer A, Scholz R, Wilke D (eds) *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*. C.H. Beck, München, pp 57–75
- Fuchs M-C (2011) Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urt. v. 24.5.2011—C-54/08 (Kommission/Deutschland). *EuZW*:475–476
- Groh T (2011) Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011—C-34/10 (Oliver Brüstle/Greenpeace e.V.). *EuZW*:910–912

⁶⁹ Translation of von der Groeben 1982, p. 265.

⁷⁰ Regarding the future of European public law, see in general Schwarze 2010.

⁷¹ See, regarding the relationship between the ECJ and the constitutional courts of the Member States, Schieman’s comment on the occasion of the 16th Day of Administrative Courts 2010 in Freiburg, that with regard to fundamental rights protection in Europe there is not a triangle between the *Bundesverfassungsgericht*, the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union but a polygon with 27 national constitutional courts involved, 2010, p. 58 et seq.; for this question, see also von Danwitz 2010, p. 143 et seq.

- Günther C (2009) The European Court of Justice lets the pharmacist stay in his pharmacy, No branch pharmacies for pharmaceutical companies. *Eur Law Report*:285–291
- Hailbronner K and Thym D (2011) Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi. Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011. *CMLR*:1253–1270
- Hesse K (1995) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20th edn. Müller, Heidelberg
- Heyer M, Dederer HG (2007) Präimplantationsdiagnostik, Embryonenforschung, Klonen. Ein vergleichender Überblick zur Rechtslage in ausgewählten Ländern. Alber, Freiburg
- Huber B (2011) Die ausländerrechtlichen Folgen des EuGH-Urteils Zambrano. *NVwZ*:856–859
- Kokott J, Dervisopoulos I, Henze T (2008) Aktuelle Fragen des effektiven Rechtsschutzes durch die Gemeinschaftsgerichte. *EuGRZ*:10–15
- Korte S, Steiger D (2011) Deutschenotariat abgestempelt!. *NVwZ*:1243–1247
- Kubicik P (2011) Der Unionsbürgerstatus als subjektives Recht—Anmerkung zu EuGH, Rs. C-34/09 (Zambrano). *GPR*:279–281
- Kutscher H (1981) Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. *EuR*:392–413
- Laimböck L, Dederer H-G (2011) Der Begriff des „Embryos“ im Biopatentrecht, Anmerkungen zu den Schlussanträgen von GA Yves Bot v. 10. März 2011, Rs. C-34/10—Brüstle, Zugleich eine Kritik des Kriteriums der „Totipotenz“. *GRURInt*:661–667
- Lenaerts K, Gutiérrez-Fons JA (2010) The constitutional allocation of powers and general principles of EU law. *CMLR*:1629–1669
- Lerche P (1961) Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Heymann, Köln
- Mand E (2010) Der EuGH und das Fremdbesitzverbot für Apotheken—Paradigmenwechsel in der Kontrolldichte gesundheitspolitischer Entscheidungen der EU-Mitgliedstaaten. *Wettbewerbsrecht und Praxis*, pp 702–708
- Mellein C (2007) Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente—Eine Untersuchung zur Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente in der Architektur Europas. *Nomos*, Baden–Baden
- Mischo J (1999) Der Beitrag des Gerichtshofes zur Wahrung der föderalen Balance in der Europäischen Union, Vorträge und Berichte des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, No. 100, Bonn
- Montag F, Bonin A von (2011) Die Entwicklungen des Unionsrechts bis Mitte 2011. *NJW*:3623–3628
- Ohly A (2011) Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 18.10.2011—C-34/10, „Brüstle/Greenpeace“. *LMK* 326137, Ausgabe 11/2011 vom 24.11.2011
- Schiemann K (2010) Comment on the occasion of the 16th Day of Administrative Courts 2010 in Freiburg, Rundschreiben des Bundes Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (BDVR), pp 58–59
- Schockweiler F (1995) Die richterliche Kontrollfunktion: Umfang und Grenzen in Bezug auf den Europäischen Gerichtshof. *EuR*:191–201
- Schwarzburg K (2012) Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union. *Nomos*, Baden–Baden
- Schwarze J (1993) Das Staatsrecht in Europa. *JZ*:585–594
- Schwarze J (2001) Das „Kooperationsverhältnis“ des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof. In: Badura P, Dreier H (eds) *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Band 1. Mohr Siebeck, Tübingen, pp 223–243
- Schwarze J (2005) Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH. *NJW*:3459–3466
- Schwarze J (2008) Grenzen des Richterrechts in der europäischen Rechtsordnung—Anmerkungen zu dem zweiten Tabakwerbeurteil des EuGH vom 12.12.2006. In: Müller G, Osterloh E, Stein T (eds) *Festschrift für Günther Hirsch zum 65. Geburtstag*. C.H. Beck, München, pp 4165–4173
- Schwarze J (2010) Zukunftsaussichten für das europäische öffentliche Recht. Analyse im Lichte der jüngeren Rechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union. *Nomos*, Baden–Baden
- Schwarze J (2011) Zwischen Tradition und Zukunft: Die Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze im Recht der Europäischen Union. *DVB*:721–727

- Schwarze (2012) EU-Kommentar, 3rd edn. Nomos, Baden–Baden
- Simm M (1998) Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt. Nomos, Baden–Baden
- Skouris V (2010) Methoden der Grundrechtsgewinnung in der Europäischen Union. In: Merten D, Papier H-J (eds) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/1, Europäische Grundrechte I. C.F. Müller, Heidelberg, pp 859–888
- Stein T (2007) Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 12.12.2006 – C-380/03—Deutschland/Parlament und Rat. EuZW:54–56
- Tomuschat C (2005) Das Europa der Richter. In: Bröhmer J (ed) Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, Heymann, Köln, pp 857–874
- Vizthum N Graf (2011) Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger—Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 8. März 2011, Rs. C-34/09 – Zambrano. EuR:550–567
- von Danwitz T (2010) Kooperation der Gerichtsbarkeiten in Europa. ZRP:143–147
- von Danwitz T (2012) Zur Entwicklung der Unionsrechtsordnung nach Lissabon – Bedingungen, Herausforderungen und Perspektiven. In: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (ed) Bitburger Gespräche Jahrbuch 2011/I. C.H. Beck, München, pp 31–46
- von der Groeben H (1982) Aufbaujahre der Europäischen Gemeinschaft. Nomos, Baden–Baden

Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour

José Luís da Cruz Vilaça

Résumé Le présent article traite des différentes expressions du principe de l'effet utile, tel que la Cour l'a appliqué dans les domaines les plus divers du droit de l'Union. Après une courte Introduction, la Partie 2 de l'article se penche sur le rôle de l'effet utile dans l'édification de l'ordre juridique de l'Union européenne, en particulier en ce qui concerne l'action des principes 'fondateurs' de l'effet direct et de la primauté, en rapport soit avec les dispositions du traité, soit avec les actes du droit dérivé. L'article vise ensuite à répondre à la question de savoir comment, au nom de l'effet utile du droit de l'Union et à l'aide tant de l'interprétation conforme que du principe de la responsabilité de l'État, la Cour a pu pallier les insuffisances de l'effet direct des directives. Dans la Partie 4, il est question de l'autonomie procédurale des États membres et des limites qui lui sont imposées par l'effet utile. Le droit à une protection juridictionnelle effective occupe la Partie 5 et, en dernier lieu, référence est faite à deux aspects particuliers concernant l'élargissement du champ d'application de certaines politiques ou dispositions du traité en vertu de l'effet utile.

Maître en droit (Coimbra) et docteur en Économie internationale (Paris I); Professeur, Facultés de droit de l'Université Catholique et de l'Université Nova de Lisbonne; Avocat, PLMJ – Lisbonne; ancien Avocat général à la Cour de justice et ancien Président du Tribunal de première instance des Communautés européennes

J. L. da Cruz Vilaça (✉)
PLMJ, Lisbonne, Portugal
e-mail: joseluis.cruzvilaca@plmj.pt

1 Introduction

Le principe de l'*effet utile*¹ peut être considéré, avant tout, comme le garant de l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union européenne. Il se projette dans les rapports avec les ordres juridiques nationaux au même titre que l'effet direct et la primauté et est indissociable du devoir de coopération loyale qui s'impose aux Etats membres et à leurs autorités, ainsi qu'aux institutions, en vertu de l'article 4, paragraphe 3, TUE.²

Dans une autre perspective, il implique que les droits que les particuliers retirent de l'ordre juridique de l'Union doivent être protégés effectivement, le cas échéant par l'intervention des juridictions nationales compétentes.

Dans tous les cas, c'est la nature même de l'ordre juridique de l'Union, et en particulier le mécanisme décentralisé d'application juridictionnelle qui la caractérise,³ qui confère au principe son importance singulière et lui réserve un rôle décisif dans la réalisation des missions de l'Union.

En vérité, le principe de l'*effet utile* peut se décomposer en plusieurs autres qui lui donnent un contenu, garantissent son efficacité et assurent son application concrète.

Il y a une sorte de lien indissoluble entre la Cour de justice et le principe de l'*effet utile*: aussi bien le principe en soi que ses parties composantes sont essentiellement d'origine jurisprudentielle, la Cour étant responsable de leur formulation et de leur développement, indépendamment de l'existence d'un appui textuel spécifique. En effet, on ne trouve nulle part, dans le traité, une quelconque référence à un principe de l'*effet utile*. On peut même dire que ce qui rend le recours à l'*effet utile* indispensable comme principe directeur dans l'interprétation et l'application du droit de l'Union est exactement l'absence d'une solution expresse dans le texte du traité.

C'est donc en parcourant la jurisprudence de la Cour au fil de ses 60 ans⁴ qu'il est possible de cerner les principales implications d'un tel principe.

¹ Cette expression trouve sa correspondance dans les différentes langues officielles de l'Union. L'on utilise parfois des expressions proches pour désigner soit la même notion, soit des concepts voisins, soit encore un des principes dans lesquels l'effet utile peut se diviser. En français, l'on peut trouver ainsi, à côté de l'*effet utile*, référence à la *pleine effectivité*, la *pleine application* ou le *plein effet* du droit de l'Union. En anglais, on trouve dans la jurisprudence l'expression *useful effect*, mais dans la doctrine l'expression plus couramment utilisée est celle de *principle of effectiveness*. En allemand, on parle de *Wirksamkeit* ou *praktische Wirksamkeit*, mais la doctrine se réfère souvent à ce principe comme «*der effet utile*». Il ne faut pas s'en étonner: comme le remarque Pescatore 2003, p. 340, il s'agit d'un principe «propre à la pensée juridique française». Sur le principe, voir, en général, Ormand 1976; Temple Lang 1990; Van der Esch 1992; Snyder 1993; Streinz 1995; Hinton 1999; Honsell 2001; Schilling 2002; Ehrlicke 2004; Accetto et Zleptnig 2005; Scorrano 2006; Temple Lang 2008; Seyr 2008; Potacs 2009; Schmid 2009; Von Oettingen 2010.

² «[Effectiveness] includes – but is not limited to – implementation, enforcement, impact and compliance” (Snyder 1993, p. 19).

³ Dans ce sens, Tridimas 2006, p. 418.

⁴ C'est dans son arrêt *Fédéchar*, rendu dans le cadre de la CECA (arrêt du 29.11.1956, *Fédération Charbonnière de Belgique/Haute Autorité*, 8/55, p. 304), que la Cour a utilisé l'argument de l'*effet utile* pour la première fois, en vue de permettre «une application raisonnable et utile» des normes du traité.

2 Le rôle de l'effet utile dans l'édification de l'ordre juridique communautaire: effet direct et primauté

L'affirmation de la spécificité de l'ordre juridique créé par les traités et de l'impératif d'assurer son efficacité à l'intérieur des ordres juridiques des États-membres est présente dans la jurisprudence de la Cour dès les arrêts fondateurs *Van Gend & Loos*,⁵ *Costa/ENEL*⁶ et *Simmenthal*.⁷

En effet, le principe de l'*effet utile* du droit communautaire est au centre du processus de construction de ce «nouvel ordre juridique» (*Van Gend & Loos*⁸), caractérisé, dans *Costa/ENEL*, comme «un ordre juridique propre», «issu d'une source autonome», mais «intégré au système juridique des États-membres lors de l'entrée en vigueur des traités».

Dans ce contexte, la notion d'effet direct surgit dans la jurisprudence comme un outil indispensable à la construction de cet ordre juridique nouveau.⁹

2.1 L'effet direct des dispositions du traité

La *Tariefcommissie* des Pays-Bas a saisi la Cour d'une question préjudicielle visant à savoir si les justiciables pouvaient faire valoir, sur la base de l'article 12 du traité CEE,¹⁰ des droits individuels que le juge devrait sauvegarder.

Au vu des caractéristiques propres de l'ordre juridique créé par le traité, dont les sujets «sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants», la Cour jugea que le droit communautaire, «de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique» et «que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires» (*Van Gend & Loos*, p. 23).

Se référant au mécanisme du renvoi préjudiciel de l'article 177 du traité CEE,¹¹ la Cour a précisé, dans *Simmenthal*, que «l'*effet utile* de cette disposition serait amoindri si le juge était empêché de donner, immédiatement, au droit commu-

⁵ Arrêt du 5.2.1963, *Van Gend & Loos/Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. p. 3.

⁶ Arrêt du 15.7.1964, *Flaminio Costa/ENEL*, 6/64, Rec. p. 1141.

⁷ Arrêt du 9.3.1978, *Administration des finances de l'État/Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629.

⁸ La Cour a utilisée l'expression «nouvel ordre juridique de droit international», mais la référence au droit international a disparu de la jurisprudence ultérieure.

⁹ Sur l'effet direct et la primauté, voir, entre autres, Louis et Ronse 2005, p. 246 et suivantes; Hartley 2010, p. 209 et suivantes; Lenaerts et al. 2011, pp. 754–766, 809–813, 893–915.

¹⁰ Ordonnant aux États membres de s'abstenir d'introduire entre eux des droits de douane à l'importation et à l'exportation ou des taxes d'effet équivalent. Lui correspond l'article 30 TFUE.

¹¹ Article 267 TFUE.

nautaire une application conforme à la décision ou à la jurisprudence de la Cour» (point 20).¹²

En décidant, dans *Van Gend en Loos*, que l'article 12 se prête, «par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables», la Cour a attaché une importance toute particulière à la circonstance que cette disposition du traité «énonce une interdiction claire et inconditionnelle qui est une obligation non pas de faire, mais de ne pas faire», qui «n'est assortie d'aucune réserve des États de subordonner sa mise en œuvre à un acte positif de droit interne» (p. 24).

Le même effet a été attribué ensuite à d'autres dispositions du traité CEE qui imposaient aux États membres une *obligation d'abstention*, comme les articles 37, paragraphe 2¹³ (arrêt *Costa/ENEL*, précité), et les articles 31¹⁴ et 32, alinéa 1,¹⁵ du traité CEE,¹⁶ ainsi qu'à l'article 73-B, paragraphe 1, CE.¹⁷

La Cour a également élargi l'action de l'effet direct à des dispositions du traité qui imposaient aux États membres des *obligations de faire*, tel que l'article 95, alinéa 3, du traité CEE,¹⁸ imposant l'élimination ou la correction des charges fiscales discriminatoires.¹⁹

Ce même raisonnement a été appliqué à toute une série de dispositions du traité CEE qui imposaient aux États membres, dans le domaine des libertés fondamentales nécessaires à la réalisation du marché commun, une obligation de résultat précise à atteindre dans un délai fixé. Ainsi de l'article 52, relatif à la liberté d'établissement,²⁰ de l'article 59, sur la libre prestation des services²¹ et des articles 9,²² 30,²³ 34²⁴ et 37, paragraphe 1,²⁵ en matière de libre circulation des marchandises.

¹² Dans toutes les citations de jurisprudence, l'utilisation de l'italique est de notre responsabilité.

¹³ Actuel article 37 TFUE (ex-article 31 CE), relatif aux monopoles nationaux à caractère commercial.

¹⁴ Abstention d'introduire de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent.

¹⁵ Abstention de rendre plus restrictifs les contingents et mesures d'effet équivalent.

¹⁶ Arrêt du 19.12.1968, *Salgoil*, 13/68, Rec. p. 673.

¹⁷ Interdisant les restrictions aux mouvements de capitaux, introduit par le traité de Maastricht (devenu article 56 CE, actuel article 63 TFUE). Arrêt du 14.12.1995, *Sanz de Lera*, C-163, 165 et 250/94, Rec. I-4821, points 41–43.

¹⁸ C'est l'article 110 TFUE qui correspond aujourd'hui à l'article 95 du traité CEE (devenu article 90 CE en vertu du traité d'Amsterdam, qui a abrogé le troisième alinéa de cette disposition).

¹⁹ Arrêt du 16.6.1966, *Lütticke*, 57/65, Rec. p. 294.

²⁰ Arrêt du 21.6.1974, *Reyners*, 2/74, Rec. p. 631, points 26–31.

²¹ Arrêt du 3.12.1974, *Van Binsbergen*, 33/74, Rec. p. 1299.

²² Interdiction de droits de douane et taxes d'effet équivalent et adoption d'un tarif douanier commun. Cf. arrêt du 13.12.1973, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, 2 et 3/69, Rec. p. 211, points 22–23.

²³ Interdiction de restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent à l'importation. Cf. arrêt du 22.3.1977, *Ianelli/Meroni*, 74/76, Rec. p. 557, point 13.

²⁴ Suppression des restrictions quantitatives à l'exportation et mesures d'effet équivalent. Cf. arrêt du 29.11.1978, *Pigs Marketing Board*, 83/78, Rec. p. 2347, point 66.

²⁵ Aménagement progressif des monopoles nationaux présentant un caractère commercial. Cf. arrêt du 3.2.1976, *Manghera*, 59/75, Rec. p. 91, points 15–16.

Ce même impératif d'assurer l'*effet utile* des dispositions du traité a conduit la Cour à attribuer un effet direct à des dispositions qui imposent aux États membres certaines obligations de nature procédurale. Ainsi la dernière phrase de l'actuel article 108, paragraphe 3, TFUE,²⁶ qui interdit l'exécution des aides d'État avant qu'elles n'aient été notifiées et tant que la Commission n'a pas pris une décision finale, les juridictions nationales étant tenues de sauvegarder entre-temps les droits des justiciables.²⁷

L'État-membre qui aurait octroyé une aide en violation de cette disposition ne saurait invoquer la confiance légitime des bénéficiaires pour se soustraire à l'obligation de récupérer l'aide illégale. Toute autre interprétation favoriserait l'inobservation des dispositions en cause, qui seraient alors privées de leur *effet utile*.²⁸

Le même ensemble de principes qui a conduit la Cour à admettre l'invocation par les particuliers à l'égard des États membres des dispositions du traité qui imposent des obligations à ces derniers (*effet direct vertical*) est à l'origine de l'attribution à maintes dispositions du traité d'un effet direct à l'égard d'autres particuliers (*effet horizontal*). C'est le cas des règles de concurrence applicables aux entreprises, en particulier les articles 101 et 102 TFUE,²⁹ dont l'effet direct a été reconnu par la jurisprudence³⁰ ou par le législateur.³¹ C'est aussi le cas des règles du traité relatives à la libre circulation, comme l'article 45 TFUE³² (travailleurs salariés) ou l'article 56 TFUE³³ (libre prestation des services). Tel est encore le cas de l'article 157 TFUE,³⁴ instaurant l'égalité des rémunérations entre les travailleurs des deux sexes.

²⁶ Ex-article 93 du traité CEE et ex-article 88 CE.

²⁷ Arrêt du 11.12.1973, *Lorenz*, 120/73, Rec. p. 1471. L'attribution de cet effet à la dernière phrase du paragraphe 3 était déjà admise, en passant, dans l'arrêt *Costa*, précité, p. 1162.

²⁸ Arrêts du 21.11.1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires*, C-354/90, Rec. I-5505, point 16, et du 1.4.2004, *Commission/Italie*, C-99/02, Rec. I-3353, point 21. La Cour admet que, dans des circonstances exceptionnelles, le bénéficiaire d'une aide illégale puisse invoquer sa confiance légitime pour s'opposer à la récupération de l'aide (*Commission/Italie*, point 20).

²⁹ Ex-articles 85 et 86 du traité CEE et ex-articles 81 et 82 CE.

³⁰ Relativement aux articles 101, paragraphe 1, et 102. Voir arrêts du 6.4.1961, *Bosch*, 13/61, Rec. p. 89, du 30.1.1974, *BRT/SABAM*, 127/73, Rec. p. 51, point 16, du 18.3.1997, *Guérin Automobiles/Commission*, C-282/95 P, Rec. I-1503, point 39, et du 20.9.2001, *Courage/Crehan*, C-453/99, Rec. I-6297, point 23.

³¹ Règlement (CE) n° 1/2003 du 16.12.2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO, L 1, p. 1. En instituant un système dit d'«exception légale», ce règlement a conféré un effet direct au paragraphe 3 de l'article 101.

³² Ex-article 48 du traité CEE et ex-article 39 CE – cf. arrêt du 12.12.1974, *Walrave*, 36/74, Rec. p. 1405, points 21–25.

³³ Ex-article 59 du traité CEE et ex-article 49 CE – arrêt *Walrave*, précité.

³⁴ Ex-article 119 du traité CEE et ex-article 141 CE – cf. arrêt du 8.4.1976, *Defrenne II*, 43/75, Rec. p. 455, point 39.

2.2 L'effet direct des actes de droit dérivé; la primauté

La Cour a rappelé, dans son arrêt *Politi*,³⁵ que les règlements produisent des *effets immédiats*. S'il est vrai que l'usage imprécis, dans la jurisprudence,³⁶ d'expressions qui sont proches entre elles - «effet direct», «effet immédiat», «applicabilité directe», «applicabilité immédiate» - prête à confusion,³⁷ l'on peut dire que l'aptitude des règlements à produire des effets directs, que se soit sur le plan «vertical» ou «horizontal» n'a vraiment jamais fait de doute.

Mais très tôt la Cour a reconnu un effet direct à des dispositions d'actes des institutions autres que le règlement. Ainsi, dans l'arrêt *Grad*,³⁸ de 1970, la Cour écrit que l'*effet utile* d'une décision se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire.

L'application de cette doctrine aux dispositions d'une directive non transposée a attendu quatre ans, mais elle est vite devenue une notion acquise, en dépit des caractéristiques de la directive en tant qu'acte adressé aux États membres, exigeant des mesures nationales de transposition.³⁹

En effet, dans tous les cas où une directive est correctement mise en œuvre, ses effets atteignent les particuliers par l'intermédiaire des mesures d'application prises par l'État membre concerné.⁴⁰ Assez souvent, cependant, l'obligation de transposition imposée aux États membres n'est pas suivie d'exécution ou l'est de façon imparfaite ou incomplète.

³⁵ Arrêt du 14.12.1971, *Politi*, 43/71, Rec. p. 1039, point 9.

³⁶ Voir aussi arrêt du 17.5.1972, *Leonesio*, 93/71, Rec. p. 287, points 22–23.

³⁷ Il n'est pas question d'entrer ici dans la polémique conceptuelle et terminologique autour de ces différentes expressions. Le lecteur pourra se référer, entre autres, à Bebr 1970, p. 257; Winter 1972, p. 425; Dashwood 1978, p. 229; Pescatore 1983, p. 155; Cruz Vilaça 2001, p. 4; Hartley 2010, p. 215.

³⁸ Arrêt du 6.10.1970, *Grad*, 9/70, Rec. 825, point 5.

³⁹ Ainsi que la Cour l'a rappelé dans *Marks & Spencer* (arrêt du 11.7.2002, C-62/00, Rec. I-6325, point 26), la transposition d'une directive doit assurer la *pleine application*, ou le *plein effet*, de celle-ci (voir aussi arrêts du 9.9.1999, *Commission/Allemagne*, C-217/97, Rec. I-5087, point 31, du 16.11.2000, *Commission/Grèce*, C-214/98, Rec. I-9601, point 49 et du 14.6.2001, *Commission/Italie*, C-207/00, Rec. I-4571, point 25). L'évolution de la pratique législative dans la Communauté et l'Union a cependant contribué à rendre moins claire la distinction entre le règlement et d'autres formes de législation, en particulier les directives: les règlements contiennent parfois des obligations expresses ou implicites d'adopter des mesures d'exécution, à charge des États (voir arrêt *Eridania*, du 27.9.1979, 230/78, Rec. p. 2749, points 34–35) et les directives prennent souvent un caractère assez détaillé.

⁴⁰ Arrêts du 6.5.1980, *Commission/Belgique*, 102/79, Rec. p. 1473 et du 19.1.1982, *Becker*, 8/81, Rec. p. 53, point 19. Le caractère subsidiaire, ou de garantie minimale, de l'effet direct en tant que remède au manquement à l'obligation de transposition a été souligné par la jurisprudence (cf. arrêts du 6.5.1980, *Commission/Belgique*, 102/79, Rec. p. 1472, point 12, et du 20.3.1997, *Commission/Allemagne*, C-96/95, Rec. I-1653, point 37).

Par son arrêt *Van Duyn*,⁴¹ de 1974, la Cour a élargi aux dispositions des directives la jurisprudence *Grad* sur l'effet direct des décisions.⁴² La Cour se réfère alors à l'*effet contraignant* et à l'*effet utile* de la directive, ainsi qu'à la nature, l'économie et les termes de la disposition qui était en cause, pour conclure qu'elle engendrait en faveur des particuliers des droits qu'ils pouvaient faire valoir en justice. Dans *Ratti*,⁴³ la Cour a encore précisé que les juridictions nationales doivent écarter toute disposition nationale incompatible avec une directive si l'obligation que cette dernière impose à l'État membre⁴⁴ «est inconditionnelle et suffisamment précise».

Il résulte de ces arrêts que la notion-clé à cet égard est celle de *marge d'appréciation* dont disposent les États membres en vertu de la directive: cette notion et celle de l'*effet utile* constituent les deux faces de Janus de l'effet direct des directives.

Le passage cité de l'arrêt *Ratti* souligne aussi le lien existant entre l'effet direct et la primauté du droit de l'Union, celle-ci étant la conséquence naturelle (mais non un duplicata⁴⁵) de l'effet direct. En vertu du principe de primauté et du devoir de coopération qui s'impose, entre autres, aux autorités juridictionnelles, celles-ci ont l'obligation «d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire».⁴⁶

Dans *Becker*,⁴⁷ la Cour a encore confirmé la double efficacité de l'effet direct, à l'égard, d'une part, des États fautifs et, d'autre part, des particuliers dont les droits d'origine communautaire doivent être protégés contre l'inaction des États membres.⁴⁸

Il convient cependant de rappeler que, ainsi qu'il résulte de l'arrêt *Marks & Spencer* (point 27), les États membres demeurent tenus d'assurer effectivement la

⁴¹ Arrêt du 4.12.1974, *Van Duyn*, 41/74, Rec. 1337, points 12–15.

⁴² Sur les effets des directives dans les ordres juridiques des États membres, voir Schockweiler 1995, p. 12; Timmermans 1979; Craig 1997; Hartley 2010, pp. 218–239; Prechal 2005.

⁴³ Arrêt du 5.4.1979, *Ratti*, 148/78, Rec. 1629, points 22–23.

⁴⁴ Dans l'expression de la Cour, «l'État membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par la directive, ne peut opposer aux particuliers le non accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte» (principe *nemo auditur, non venire contra factum proprium*, ou effet d'*estoppel*). Voir aussi l'arrêt du 26.2.1986, *Marshall*, 152/84, Rec. p. 723, point 49.

⁴⁵ En effet, la primauté est une notion plus générale, en ce sens que même les normes de droit de l'Union dépourvues d'effet direct doivent être respectées et leur *effet utile* préservé par les ordres juridiques nationaux.

⁴⁶ Sans préjudice, le cas échéant, de la possibilité d'une application conforme (voir ci-après). Cf. arrêts du 4.2.1988, *Murphy*, 157/86, Rec. p. 673, point 11, du 26.9.2000, *Engelbrecht*, C-262/97, Rec. I-7321, points 38-40, et du 27.10.2009, *ČEZ*, C-115/08, Rec. I-10265, point 138.

⁴⁷ *Becker*, précité, point 25.

⁴⁸ De façon à préserver l'entière de l'*effet utile* du droit de l'Union, la notion d'État doit être comprise au sens le plus large, «quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique». Voir, par exemple, les arrêts *Marshall*, précité, point 49, du 22.6.1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, Rec. p. 1839, et du 24.1.2012, *Dominguez*, C-282/10, non encore publié, point 38.

pleine efficacité d'une directive même après l'adoption des mesures de transposition, les particuliers étant fondés à invoquer devant le juge national ses dispositions inconditionnelles et suffisamment précises lorsque les mesures nationales de transposition ne sont pas appliquées de manière à atteindre le résultat qu'elle vise.

La question de savoir à partir de quel moment les dispositions d'une directive déploient leurs effets dans les ordres juridiques nationaux a également été examinée, en premier lieu dans l'affaire *Inter-Environnement Wallonie*.⁴⁹ Dans son arrêt, la Cour a statué que, s'il est vrai que les États membres ne sont pas tenus d'adopter des mesures de transposition avant l'expiration du délai fixé, il résulte de l'application combinée des articles 4, paragraphe 3, TUE et 288 TFUE, que, pendant ce délai, ils doivent s'abstenir de prendre des mesures de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par la directive.⁵⁰ Or cette obligation serait privée de tout *effet utile* s'il était permis aux États membres d'adopter, pendant ce même délai, des mesures incompatibles avec les objectifs de la directive.⁵¹

La Cour est même allée plus loin lorsqu'elle a admis la production d'effets par une directive qui n'est pas encore entrée en vigueur. Ainsi, dans *Trevor and Penny Fischer*,⁵² il est admis que, lorsqu'une directive reprend, au niveau communautaire, des principes généraux qui font déjà partie, en la matière, du droit des États membres, ses dispositions peuvent fournir des critères qui se prêtent à être appliqués par l'autorité compétente dans toute prise de décision au niveau national.⁵³

Par contre, la jurisprudence a bien limité la possibilité de production d'effet direct par une directive aux cas où cet effet est invoqué à l'encontre des États membres (*effet direct vertical*).

Tout autre effet - que ce soit un prétendu *effet direct vertical en sens inverse* (de l'État à l'encontre des particuliers⁵⁴) ou un *effet direct horizontal* (entre

⁴⁹ Arrêt 18.12.1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, Rec. I-7411, points 43–50.

⁵⁰ Timmermans 1988: «the directive, once entered into force, is not an instrument of suspended validity during the time-limit for its transposition, it is legally complete and forms part, so to say, of the law in books». Aussi Van Gerven 1994, p. 335.

⁵¹ Dans ce sens, arrêt du 22.11.2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. 2005 p. I-9981, point 72.

⁵² Arrêt du 14.9.2000, *Trevor and Penny Fischer*, C-369/98, Rec. I-6751, points 33–34.

⁵³ Voir également, *Mangold*, précité, point 74–77. Il y était question d'une directive destinée à assurer la réalisation des principes fondamentaux d'égalité de traitement et de non-discrimination.

⁵⁴ Une directive ne peut pas, par elle-même et indépendamment d'une loi interne prise pour son application, créer des obligations dans le chef d'un particulier et ne peut pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne, notamment en vue de déterminer ou d'aggraver sa responsabilité pénale. Cf. les arrêts *Marshall*, précité, point 48, du 11.6.1987, *Pretore di Salò*, 14/86, Rec. p. 2545, du 8.10.1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, Rec. p. 3969, point 9, et du 26.9.1996, *Luciano Arcaro*, C-168/95, Rec. I-4705, point 37. Il y a lieu, cependant, de tenir compte des circonstances de chaque espèce. Dans l'affaire *Berlusconi* (arrêt du 3.5.2005, *Silvio Berlusconi*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. I-3565), la Cour, en dépit de l'opinion de l'Avocat général Mme Kokott, s'est maintenue fidèle à sa jurisprudence traditionnelle en la matière. À ce sujet, Skouris 2006, pp. 241–255.

particuliers⁵⁵) - a, jusqu'à présent, été écarté par la Cour, même lorsque les dispositions en cause remplissent les conditions requises pour produire un effet direct.⁵⁶

La jurisprudence des dernières années a cependant élargi les possibilités offertes aux particuliers pour invoquer les dispositions d'une directive devant le juge national, sans que des droits subjectifs soient nécessairement prévus à leur profit et même lorsque l'application de ces normes peut avoir un impact sur les droits d'autres particuliers. La notion d'*effet direct* est finalement dépassée par celle de l'*invocabilité* des normes des directives par les particuliers, ce que certains appellent l'*effet d'exclusion* du droit national qui s'ajouterait à l'*effet de substitution* du droit de l'Union au droit national qui s'attache à l'effet direct.⁵⁷

Les exigences de l'*effet utile* se détachent donc, de plus en plus, du «simple» objectif de protection des droits subjectifs pour se centrer sur la *garantie d'efficacité* et la *valeur contraignante* du droit de l'Union «avec rang de priorité» (*Simmenthal*, point 17), donc sur la *primauté* qui est reconnue au droit de l'Union en tant que «paramètre de légalité d'une disposition de rang inférieur dans la hiérarchie des sources»,⁵⁸ même lorsqu'il s'agit de dispositions auxquelles il n'est pas possible d'attribuer un effet direct «classique».

La source d'une telle conception remonte à l'arrêt *VNO*,⁵⁹ de 1977. La Cour s'est alors contentée de déclarer qu' «il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnait à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des personnes concernées».

Afin de ne pas affaiblir l'*effet utile* de la directive, le justiciable est donc admis à invoquer ses dispositions, «en tant qu'élément du droit communautaire» (*VNO*, point 23), dans le but de faire vérifier par une juridiction nationale si les autorités nationales compétentes sont restées dans les limites d'appréciation tracées par la directive.

La Cour a fait application de cette jurisprudence dans les affaires *Kraaijeveld*,⁶⁰ *WWF*,⁶¹ *Linster*⁶² et *Wells*,⁶³ toutes concernant l'application d'une directive relative à l'évaluation de projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur

⁵⁵ Cf. arrêts du 14.7.1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. I-3325, point 24, et du 7.3.1996, *El Corte Inglés*, C-192/94, Rec. I-1281, point 17.

⁵⁶ Arrêts du 5.10.2004, *Pfeiffer*, C-397/01 à C-403/01, Rec. I-8835, point 109, et *Dominguez*, précité, point 42.

⁵⁷ Voir, à cet égard, Louis et Ronse 2005, p. 303. Pour une vision critique, Hartley 2010, pp. 228–231.

⁵⁸ Conclusions de l'Avocat général Saggio, sous l'arrêt du 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, C-240/98 à C-244/98, Rec. I-4941 (conclusions points 30–32).

⁵⁹ Arrêt du 1.2.1977, *Verbond nederlandse ondernemingen*, 51/76, Rec. p. 113, points 22–24.

⁶⁰ Arrêt du 24.10.1996, *Kraaijeveld*, C-72/95, Rec. I-5403, point 56.

⁶¹ Arrêt du 16.9.1999, *WWF e.a.*, C-435/97, Rec. I-5613, points 68–71.

⁶² Arrêt du 19.9.2000, *Linster*, C-287/98, Rec. I-6917, points 31–39.

⁶³ Arrêt du 7.1.2004, *Wells*, C-201/02, Rec. I-723, point 65.

l'environnement et dont les dispositions pertinentes ne remplissaient pas les conditions pour produire un effet direct.

Dans l'arrêt *Wells*, points 56–57, la Cour, tout en reconnaissant que «le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que les directives puissent créer des obligations pour les particuliers», a expliqué que «de simples répercussions négatives sur les droits de tiers, même si elles sont certaines, ne justifient pas de refuser à un particulier d'invoquer les dispositions d'une directive à l'encontre de l'État membre concerné».⁶⁴

Enfin, dans les arrêts *CIA Security International*⁶⁵ e *Unilever Italia*,⁶⁶ il était question de la possibilité d'invoquer, dans des litiges opposant des particuliers, les dispositions d'une directive prévoyant des procédures de notification de règles techniques. La Cour déclara que la méconnaissance de l'obligation de notification constitue «un vice de procédure substantiel» (*Unilever*, point 50), entraînant l'inapplicabilité des règles techniques concernées, de sorte qu'elles ne peuvent pas être opposées aux particuliers, le juge devant donc refuser de les appliquer (*CIA Security*, points 54–55).

3 Comment pallier les insuffisances de l'effet direct?

Des difficultés pour assurer, dans tous les cas, l'effectivité du droit de l'Union et sa primauté sur le droit interne surgissent lorsqu'à l'absence ou l'insuffisance de mesures de transposition d'une directive s'ajoute la non vérification des conditions pour invoquer l'effet direct de ses dispositions.⁶⁷

3.1 L'interprétation conforme

C'est dans ce contexte que la Cour a développé, depuis l'arrêt *Von Colson*, de 1984⁶⁸ une jurisprudence constante sur l'obligation d'interpréter le droit national en conformité avec les dispositions des directives non transposées, en vertu du devoir de coopération loyale dans l'obtention du résultat prévu par la directive.⁶⁹

⁶⁴ Voir encore arrêt *Mangold*, précité. Cf. Becker & Campbell 2007, pp. 420–425, en particulier le lien établi avec l'effet direct horizontal. Ce n'est pas sans importance qu'il s'agisse, dans cette affaire, de principes fondamentaux directement liés aux droits de la personne.

⁶⁵ Arrêt du 30.4.1996, *CIA Security International*, C-194/94, Rec. I-2201, points 40–55.

⁶⁶ Arrêt du 26.9.2000, *Unilever Italia*, C-443/98, Rec. I-7565, points 45–52.

⁶⁷ Que ce soit parce qu'il ne s'agit pas de dispositions «suffisamment précises et inconditionnelles» ou en vertu de la non invocabilité de la directive contre des particuliers.

⁶⁸ Arrêt du 10.4.1984, *Von Colson et Kamann*, 14/83, Rec. p. 1891, point 26.

⁶⁹ Voir aussi l'arrêt du 25.2.1999, *Carbonari*, C-131/97, Rec. I-1103, point 48. La doctrine *Von Colson* a été étendue par l'arrêt *Hermès*, du 16.6.1998, C-53/96, Rec. I-3603, point 28, à l'article 50 de l'accord TRIPS, et par l'arrêt *Budvar*, du 18.11.2003, C-216/01, Rec. I-13617, point 169, à une convention conclue avant la date d'adhésion d'un État membre entre ce dernier et un État tiers.

Une telle obligation est «inhérente au système du traité [...] en ce qu'elle permet aux juridictions nationales d'assurer, dans le cadre de leurs compétences, la *pleine efficacité* du droit de l'Union». ⁷⁰

Dans *Marleasing*, ⁷¹ la Cour a précisé que cette obligation du juge s'impose, non seulement en ce qui concerne les dispositions nationales qui ont été spécialement introduites en vue d'assurer la transposition de la directive, ⁷² mais aussi à l'égard de toute autre disposition, qu'elle lui soit antérieure ou postérieure. ⁷³

L'évolution récente de la jurisprudence a élargi et précisé le champ d'application de ce principe, connu également comme celui de l'*effet indirect*. ⁷⁴

Ainsi, dans *Pfeiffer* (points 109, 114–118), à propos de la transposition incorrecte de certaines dispositions contenues dans des directives sur le temps et les conditions de travail, la Cour a précisé la tâche du juge national en ce sens qu'il doit faire usage de toutes les méthodes d'interprétation admises en droit national, afin de garantir la *pleine effectivité* de la directive. ⁷⁵

Le champ d'application du principe de l'interprétation conforme a par ailleurs été élargi, dans l'arrêt *Pupino*, ⁷⁶ à des décisions-cadres prévues dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale faisant partie de l'ancien troisième pilier, et ceci en dépit de la disposition expresse de l'article 34, paragraphe 2, sous b) du traité UE, excluant l'effet direct de ces décisions-cadres.

L'importance, et même la prééminence, de l'interprétation conforme par rapport à l'effet direct a été renforcée par l'arrêt *Dominguez*, précité, point 23, selon lequel «la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne s'avère possible».

L'obligation d'interprétation conforme ne peut cependant servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national. En effet, l'obligation du juge «trouve ses limites dans les principes généraux du droit, et notamment dans ceux de sécurité juridique et de non-rétroactivité» (*Pupino*, point 44 ⁷⁷).

⁷⁰ Arrêts précités *Pfeiffer*, point 114, et *Dominguez*, point 24.

⁷¹ Arrêt du 13.11.1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec. I-4135, points 7–8. Voir également l'arrêt du 16.12.1993, *Wagner Miret*, C-334/92, Rec. I-6911, point 20.

⁷² Dans de telles circonstances, la Cour (*Pfeiffer*, point 112; *Miret*, point 20) va jusqu'à établir une présomption à appliquer par le juge, selon laquelle l'État membre, une fois qu'il a utilisé la marge d'appréciation dont il bénéficie en vertu de l'article 288, troisième alinéa, TFUE, a eu l'intention d'exécuter pleinement les obligations découlant de la directive.

⁷³ Voir également *Pfeiffer*, point 115, et *Carbonari*, points 49–50.

⁷⁴ Hinton 1999, p. 323; Hartley 2010, pp. 234–238.

⁷⁵ Voir aussi arrêts du 4.7.2006, *Adeneler*, C-212/04, Rec. I-6057, point 111, du 23.4.2009, *Angelidaki*, C-378/07 à C-380/07, Rec. I-3071, point 200, et *Dominguez*, précité, point 27. Voir également Skouris 2006, pp. 249/250.

⁷⁶ Arrêt du 16.6.2005, *Maria Pupino*, C-105/03, Rec. I-5285, point 38.

⁷⁷ Aussi arrêts *Adeneler*, point 110, du 15.4.2008, *Impact*, C-268/06, Rec. I-2483, point 100, *Angelidaki*, point 199, et *Dominguez*, point 25.

3.2 Le droit à réparation en cas de violation du droit de l'Union

Comment assurer l'effectivité des droits des particuliers lorsque les conditions pour invoquer l'effet direct ne sont pas réunies et que le résultat voulu par les directives ne peut être atteint par la voie d'une interprétation conforme?⁷⁸

Dans ces circonstances, la protection des droits des justiciables ne saurait être complète si ces derniers ne pouvaient pas obtenir compensation des dommages qu'ils ont pu subir en conséquence de la violation du droit de l'Union par les États membres.

3.2.1 Responsabilité de l'État

L'affirmation formelle du principe de la responsabilité des États membres en conséquence de la violation du droit de l'Union est relativement récente.

C'est, en effet, en 1991 et 1996, par les fameux arrêts *Francovich*⁷⁹ et *Brasserie du Pêcheur et Factortame*,⁸⁰ suivis de leurs nombreux épigones,⁸¹ que ce principe s'est affirmé comme «inhérent au système du traité»,⁸² devenant depuis lors un des piliers de l'ordre juridique de l'Union.⁸³

En effet, «la *pleine efficacité* des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre» (*Francovich*, point 33). Cette possibilité est particulièrement indispensable lorsque «le *plein effet*» (*id*, point 34) ou «la *pleine efficacité*» (*id*, point 39) des normes de l'Union est subordonné à la condition d'une action de la part de l'État et que, par

⁷⁸ Un simple exemple permettra d'illustrer une telle situation. Supposons que le législateur de l'Union augmente à 70 ans la période de protection des droits d'auteur, fixée par directive à 50 ans. Si une législation nationale qui limite à 50 ans la période de protection n'est pas modifiée en conformité, au cas où un éditeur décide de publier les œuvres d'un poète à l'issue d'une période de 50 ans accomplis à compter de la mort de l'auteur, d'une part, les personnes qui ont entre temps acquis les droits d'auteur ne peuvent lui opposer le nouveau délai de protection et, d'autre part, il n'est pas possible au juge d'interpréter le droit national de façon conforme à la directive. Voir encore arrêt *Dominguez*, points 29–31.

⁷⁹ Arrêt du 19.11.1991, *Francovich*, C-6 et 9/90, Rec. I-5357, Voir Craig 1993.

⁸⁰ Arrêt du 5.3.1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, C-46/93 et C-48/93, Rec. I-1029.

⁸¹ Voir *Miret*, point 22; *Faccini Dori*, point 27; *El Corte Inglés*, point 22; et *Carbonari*, point 52.

⁸² Cf. arrêts *Francovich*, point 35, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, point 31, du 26.3.1996, *British Telecommunications*, C-392/93, Rec. I-1631, point 38, du 23.5.1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, Rec. I-2553, point 24, du 8.10.1996, *Dillenkofer*, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, Rec. I-4845, point 20, et du 10.7.1997, *Palmisani*, C-261/95, Rec. I-4025, point 24.

⁸³ Boulois 1996 Cela ne veut pas dire que l'idée de la responsabilité de l'État n'apparaisse pas dans la jurisprudence précédente. Ainsi dans les arrêts du 16.12.1960, *Humblet*, 6/60, Rec. pp. 1125, 1146, du 7.2.1973, *Commission/Italie*, 39/72, Rec. p. 101, point 11, et du 22.1.1976, *Russo*, 60/75, Rec. 45, points 8–9.

conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit de l'Union.⁸⁴

Il fallait cependant établir les conditions dans lesquelles un État membre serait obligé de réparer les dommages ainsi causés à des particuliers.

Dans une énumération qui s'est stabilisée à partir de l'arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, ces conditions, au nombre de trois, sont les suivantes: (i) que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, (ii) que la violation soit suffisamment caractérisée⁸⁵ et (iii) qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées,⁸⁶ l'appréciation de ces conditions étant fonction de chaque type de situation (*Dillenkofer*, point 24), en particulier «de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé» (*Franovich*, point 38).

Il subsistait, cependant, une question importante à éclaircir, celle de savoir si la responsabilité de l'État s'étend aux cas de violation du droit de l'Union résultant de la décision d'une juridiction statuant en dernier ressort. C'est à cette question que la Cour de justice a apporté une réponse par son arrêt *Köbler*, de 2003.⁸⁷

La Cour, après avoir rappelé que le principe de la responsabilité de l'État est valable pour toute hypothèse de violation du droit de l'Union, quel que soit l'organe de l'État membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement (*Köbler*, point 31),⁸⁸ a considéré que, eu égard au rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits des particuliers, la *pleine efficacité* du droit de l'Union serait remise en cause et la protection des droits qu'il reconnaît serait affaiblie s'il était exclu que les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du

⁸⁴ Voir cependant l'arrêt *Gharehveran*, du 18.10.2001, C-441/99, Rec. I-7687, point 44.

⁸⁵ «Le critère décisif pour considérer qu'une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la méconnaissance manifeste et grave, par un État membre comme par une institution communautaire, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation» (*Brasserie du pêcheur et Factortame*, points 55–57). Dans l'hypothèse où l'État membre en cause, n'est pas confronté à des choix normatifs et dispose d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée (*Hedley Lomas*, précité, point 28; *Dillenkofer*, précité, point 25). Dans *Franovich*, point 40, cette deuxième condition avait été formulée différemment: «que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive» (à cet égard, voir Barav 1998, p. 54, ainsi que *Dillenkofer*, point 23). La Cour a voulu harmoniser, dans une large mesure, les conditions pour engager la responsabilité de l'État avec celles dont dépend la responsabilité des institutions dans une situation comparable (Barav 1998, pp. 55–56; *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, point 47, et conclusions de l'Avocat général Tesouro sous le même arrêt, points 67–68).

⁸⁶ Voir les arrêts précités *Brasserie du pêcheur et Factortame*, point 51, *British Telecommunications*, point 39, *Hedley Lomas*, point 25, *Dillenkofer*, point 21, et *Palmisani*, point 25.

⁸⁷ Arrêt du 30.9.2003, *Köbler*, C-224/01, Rec. I-10239.

⁸⁸ Voir également *Brasserie du pêcheur et Factortame*, point 32, ainsi que les arrêts du 1.6.1999, *Konle*, C-302/97, Rec. I-3099, point 62, et du 4.7.2000, *Haim*, C-424/97, Rec. I-5123, point 43.

droit communautaire imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort (*Köbler*, point 33).⁸⁹

3.2.2 Violation du fait des particuliers

Le principe de la responsabilité civile des particuliers devant d'autres particuliers pour la violation du droit de l'Union a une signification différente de celui de la responsabilité de l'État. En effet, il n'est pas le résultat de la constatation d'une insuffisance des dispositions du droit de l'Union pour assurer une protection efficace des droits individuels, d'autant plus qu'il est lié à la violation de dispositions ayant un effet direct. Il contribue, en tout état de cause, à renforcer la *pleine efficacité* et l'*effet utile* des dispositions du droit de l'Union.

C'est tout particulièrement dans le domaine des règles de concurrence du traité applicables aux entreprises que la question de la compensation pour les dommages causés par une violation du droit de l'Union de la responsabilité des particuliers a pris de l'ampleur dans les dernières années.

Dans son arrêt *Courage et Crehan*,⁹⁰ la Cour a jugé que tout particulier est en droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, même lorsqu'il est partie au contrat litigieux, et que la *pleine efficacité* de cet article «et, en particulier, l'*effet utile* de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence» (arrêt, point 26). Pour la Cour, le droit à réparation renforce le caractère opérationnel des règles de concurrence et contribue au maintien d'une concurrence effective dans l'Union.

L'importance de ce jugement ne saurait être sous-estimée: ensemble avec *Manfredi*,⁹¹ cet arrêt a servi de base à é orientation récente de la Commission en faveur du *private enforcement* des règles de concurrence.⁹²

⁸⁹ Au vu de la condition de «décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort», il y a lieu de s'interroger sur la compatibilité avec la jurisprudence *Köbler* d'une disposition nationale comme l'article 13 de la loi portugaise n° 67/2007, qui établit le régime de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État, en vertu duquel une telle responsabilité ne pourra être engagée qu'après révocation, par la juridiction compétente, du jugement qui a causé le dommage, ce qui, de toute évidence, ne peut pas avoir lieu en cas de violation du droit de l'Union imputable à une juridiction statuant définitivement.

⁹⁰ Arrêt du 20.9.2001, *Courage et Crehan*, C-453/99, Rec. I-6297, points 19 et suivants.

⁹¹ Arrêt du 13.7.2006, *Manfredi*, C-295/04 à C-298/04, Rec. I-6619.

⁹² *White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules* - COM(2008) 165, 2.4.2008; *Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules* - COM(2005) 672, 19.12.2005. Voir <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

L'application effective de ces principes ne peut cependant méconnaître le respect dû à d'autres principes généraux, comme l'interdiction de l'*enrichissement sans cause*⁹³ ou celui selon lequel un justiciable ne saurait profiter de son propre comportement illicite,⁹⁴ à condition toutefois que les principes d'*équivalence* et d'*effectivité*⁹⁵ soient respectés (*Palmisani*, point 27; *Courage*, point 31).

3.2.3 Étendue de la réparation

À cet égard, il découle de la jurisprudence,⁹⁶ que la réparation des dommages causés par une violation du droit de l'Union doit être adéquate au préjudice subi et conforme aux principes d'*équivalence* et d'*effectivité*.⁹⁷

En particulier, les personnes ayant subi un préjudice doivent pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*), mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts.⁹⁸

La Cour a également jugé que l'exigence, par une législation nationale, de conditions subordonnant l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit de l'Union en matière de marchés publics à la preuve d'une faute ou d'un dol commis par les agents d'une entité administrative déterminée ne saurait être considérée comme capable d'assurer une protection juridictionnelle adéquate.⁹⁹

3.2.4 Le droit à la répétition de l'indu

Toute personne à laquelle un État membre (ou une entreprise publique¹⁰⁰) demande le paiement d'une taxe incompatible avec le droit de l'Union a le droit de s'y opposer, en vertu de l'effet direct de la disposition interdisant cette perception.¹⁰¹

Au cas où la taxe incompatible est effectivement perçue, il en découle pour le justiciable, en vue d'assurer la *pleine efficacité* et l'*effet utile* du droit de l'Union,

⁹³ Voir, notamment, arrêts du 4.10.1979, *Ireks-Arkady/Conseil et Commission*, 238/78, Rec. p. 2955, point 14, du 27.2.1980, *Just*, 68/79, Rec. p. 501, point 26, du 21.9.2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, Rec. I-7145, point 31, et *Courage*, précité, point 30.

⁹⁴ Voir arrêt du 7.2.1973, *Commission/Italie*, 39/72, Rec. p. 101, point 10; *Courage*, point 31.

⁹⁵ Voir ci-après.

⁹⁶ *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, point 82; *Palmisani*, point 26.

⁹⁷ *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, point 83.

⁹⁸ Voir arrêts *Brasserie du pêcheur et Factortame*, point 87, du 8.3.2001, *Metallgesellschaft e.a.*, C-397/98 et C-410/98, Rec. I-1727, point 91, et *Manfredi*, points 95–96.

⁹⁹ Voir l'arrêt du 14.10.2004, *Commission/Portugal*, C-275/03, non publié au Recueil, points 27–35.

¹⁰⁰ Arrêt du 17.7.1997, *GT-Link*, C-242/95, Rec. I-4449, point 59.

¹⁰¹ Voir les arrêts du 5.2.1976, *Bresciani*, 87/75, Rec. p. 129, point 26, du 27.3.1980, *Denkavit Italiana*, 61/79, Rec. p. 1205, point 12, et du 13.12.1983, *Lewis*, 222/82, Rec. p. 4083, point 39.

un droit d'obtenir le remboursement de cette taxe¹⁰² et pour l'État membre l'obligation de la rembourser.

La Cour a cependant admis, dans *Comateb*,¹⁰³ que, par exception à ce principe, la restitution des droits perçus en violation du droit de l'Union peut être refusée lorsque celle-ci entraînerait un enrichissement sans cause des ayants droit, «à savoir lorsqu'il est établi que la personne astreinte au paiement desdits droits les a effectivement répercutés directement sur l'acheteur». Cette possibilité a suscité un large débat, au vu duquel la jurisprudence a voulu apporter des clarifications inspirées par le souci de garantir le respect du *principe d'effectivité*.¹⁰⁴ En effet, la neutralisation de la charge économique d'une taxe perçue en violation du droit de l'Union n'est pas facile à organiser en présence d'une répercussion de la taxe sur l'acheteur du bien ou le preneur du service.

4 Le principe de l'autonomie procédurale et ses limites

4.1 Considérations générales

Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante,¹⁰⁵ «en l'absence d'une réglementation communautaire, c'est à l'ordre juridique interne de chaque État membre qu'il appartient de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire».

La jurisprudence a cependant introduit dans le fonctionnement de ce principe d'autonomie du législateur national des limites qui sont devenues classiques: les conditions de fonds et de forme fixées par les diverses législations nationales ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des recours similaires de nature interne¹⁰⁶ (*principe d'équivalence*) ni ne sauraient être aménagées d'une manière qui rende pratiquement

¹⁰² Voir arrêts du 9.11.1983, *San Giorgio*, 199/82, Rec. 3595, point 12; du 28.1.2010, *Direct Parcel Distribution Belgium*, C-264/08, Rec. I-731, point 45, du 6.9.2011, *Lady & Kid e.a.*, C-398/09, non encore publié au Recueil, point 17, et du 20.10.2011, *Danfoss A/S et Sauer-Danfoss ApS*, C-94/10, non encore publié au Recueil, point 20 et 23.

¹⁰³ Arrêt du 14.1.1997, *Comateb*, C-192/95 à C-218/95, Rec. I-165, points 21 et 22.

¹⁰⁴ Voir arrêts *Comateb*, points 23-24, du 15.3.2007, *Reemtsma Cigarettenfabriken*, C-35/05, Rec. I-2425, point 41, *Lady & Kid*, points 18-20, et *Danfoss*, points 21-28. Voir également les conclusions de l'Avocat général Tesauro sous l'arrêt *Comateb*, ainsi que Barav 1998, pp. 68-72.

¹⁰⁵ Voir les arrêts *Russo*, précité, point 9, du 16.2.1976, *Rewe*, 33/76, Rec. 1989, point 5, du 7.7.1981, *Rewe*, 158/80, Rec. 1805, point 44, *Francovich*, précité, point 42, *Manfredi*, précité, points 62, 71, 77. Voir De Búrca 1997; Wathelet et Wildemeersch 2010.

¹⁰⁶ La notion de recours similaire n'est pas facile à définir en général. La Cour a cependant indiqué que, afin de déterminer si un recours ouvert par le droit national est un recours de nature interne similaire à celui visant à faire valoir les droits conférés par le droit de l'Union, «la juridiction nationale doit vérifier la similitude des recours concernés sous l'angle de leur objet, de leur cause et de leurs éléments essentiels» (arrêts du 1.12.1998, *Levez*, C-326/96, Rec. I-7835, points 41-43, et du 16.5.2000, *Preston e.a.*, C-78/98, Rec. I-3201, points 55-57).

impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et, en particulier, l'obtention de réparation pour les dommages résultant de la violation du droit de l'Union (*principe d'effectivité*).¹⁰⁷

4.2 Délais de recours

C'est notamment en matière de délais de recours et de conditions de recevabilité que cette jurisprudence revêt une importance particulière.

Ainsi, la fixation de délais de recours raisonnables à peine de forclusion est, en principe, compatible avec le principe de l'effectivité du droit communautaire dans la mesure où elle constitue une application du principe fondamental de la sécurité juridique.¹⁰⁸

Dans ce contexte, la Cour a déjà jugé qu'une «règle nationale en vertu de laquelle le délai de prescription pour l'introduction d'un recours en indemnité court à compter du jour où l'entente ou la pratique concertée a été mise en œuvre pourrait rendre pratiquement impossible l'exercice du droit de demander réparation du dommage causé par cette entente ou pratique interdite, en particulier si cette règle nationale prévoit également un délai de prescription court et que ce délai ne puisse être suspendu» (*Manfredi*, points 78–79).¹⁰⁹

En matière de passation de marchés publics, la Cour a jugé, dans l'arrêt *Uniplex*,¹¹⁰ que c'est seulement après qu'un candidat ou un soumissionnaire concerné a été informé des motifs pour lesquels il a été écarté de la procédure qu'il lui est possible de former une conviction éclairée sur l'existence éventuelle d'une violation des dispositions applicables et sur l'opportunité d'introduire un recours.

¹⁰⁷ *Francovich*, point 43. Voir également l'arrêt du 9.11.1983, *San Giorgio*, 199/82, Rec. p. 3595, et les arrêts précités *Brasserie du pêcheur et Factortame*, point 67, *Palmisani*, point 27, *Courage*, point 29 et *Manfredi*, points 62, 71 et 77. Voir également les arrêts du 16.12.1976, *Comet*, 45/76, Rec. p. 2043, point 13, du 28.9.1994, *Fischer*, C-128/93, Rec. I-4583, point 39; du 6.12.1994, *Johnson*, C-410/92, Rec. I-5483, point 21, du 11.12.1997, *Magorrian et Cunningham*, C-246/96, Rec. I-7153, point 37, *Preston*, précité, point 31, et du 19.9.2006, *i-21 Germany*, C-392/04 et 422/04, Rec. I-8559, point 57, *Lenaerts et al.* 2006, pp. 92–116.

¹⁰⁸ Arrêts précités *Rewe*, de 1976, point 5, *Marks & Spencer*, point 35, *Palmisani*, point 28. Par exemple, «un délai d'un an, commençant à courir à compter de l'entrée en vigueur de l'acte de transposition de la directive dans l'ordre juridique interne [...] ne saurait être considéré comme rendant particulièrement difficile ni, à plus forte raison, comme rendant en pratique impossible l'introduction de la demande de réparation» (*Palmisani*, point 29).

¹⁰⁹ Voir également arrêt du 18.9.2003, *Pflücke*, C-125/01, Rec. I-9375, points 38–39 (un délai de forclusion de deux mois pour la demande d'une indemnité d'insolvabilité doit être justifié par des raisons impérieuses liées au principe de sécurité juridique et toute clause dérogatoire doit être de nature à sauvegarder l'effet utile de la protection accordée par une directive).

¹¹⁰ Arrêt du 28.1.2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, Rec. I-817, points 31–35. Voir également, dans le même sens, les conclusions de l'Avocat général Kokkott sous cet arrêt.

La Cour s'est également opposée à un délai de forclusion dont la durée est laissée à la libre appréciation du juge compétent (*Uniplex*, point 42).

Au cas où les dispositions nationales relatives aux délais de recours ne sont pas susceptibles d'une interprétation conforme à la directive en cause, la juridiction nationale est tenue de les laisser inappliquées, afin d'appliquer le droit de l'Union et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers (*Pflücke*, point 48; *Uniplex*, points 49–50).

En revanche, dans un certain nombre d'arrêtés, la Cour a défini les conditions dans lesquelles le droit de l'Union ne s'oppose pas à des réglementations nationales plus restrictives¹¹¹ ou moins favorables pour les particuliers que pour l'État (*Dilexport*, point 33), ainsi qu'à l'établissement, à côté d'un délai de prescription de droit commun pour les actions en répétition de l'indu entre particuliers, de modalités moins favorables pour la contestation de taxes et autres impositions,¹¹² pour autant que, dans tous les cas, les principes d'*équivalence* et d'*effectivité* soient respectés.

Il convient, en tout état de cause, de signaler que la Cour n'a pas accepté d'appliquer, dans le cadre de ces diverses affaires, la jurisprudence qui se dégageait de l'arrêt *Emmott*,¹¹³ par lequel elle a décidé que, «jusqu'au moment de la transposition correcte d'une directive, l'État membre défaillant ne peut exciper de la tardiveté d'une action judiciaire introduite à son encontre par un particulier [...] et qu'un délai de recours de droit national ne peut commencer à courir qu'à partir de ce moment».

En effet, la Cour¹¹⁴ a voulu confirmer sa jurisprudence¹¹⁵ selon laquelle la solution dégagée dans l'arrêt *Emmott* se justifiait par les circonstances propres à cette affaire¹¹⁶ et que, dès lors, un État membre qui n'a pas correctement transposé une directive n'est pas empêché d'opposer aux actions en remboursement de droits perçus en violation de cette directive un délai raisonnable de prescription qui court à compter de la date d'exigibilité de ces droits.¹¹⁷

¹¹¹ Voir arrêts du 17.11.1998, *Aprile*, C-228/96, Rec. I-7141, point 28, et du 9.2.1999, *Dilexport*, C-343/96, Rec. I-579, points 42–43, ainsi que *Marks & Spencer*, précité, points 36–47. Voir aussi arrêts du 29.6.1988, *Deville*, 240/87, Rec. 3513, point 13, et du 2.10.2003, *Weber's Wine World e.a.*, C-147/01, Rec. I-11365, point 92.

¹¹² Arrêts du 15.9.1998, *Edis*, C-231/96, Rec. I-4951, points 37-39, du 15.9.1998, *Spac*, C-260/96, Rec. I-4997, points 21-23, et *Aprile*, précité, points 20–21.

¹¹³ Arrêt du 25.7.1991, *Emmott*, C-208/90, Rec. I-4269, point 23.

¹¹⁴ *Edis*, points 46-49, *Spac*, points 29–32, *Aprile*, points 41–45.

¹¹⁵ Arrêts du 27.10.1993, *Steenhorst-Neerings*, C-338/91, Rec. I-5475, *Johnson*, précité, point 26, du 17.7.1997, *Haahr Petroleum*, C-90/94, Rec. I-4085, point 52, et du 17.7.1997, *Texaco*, C-114/95 et C-115/95, Rec. I-4263, point 48.

¹¹⁶ Dans le cadre desquelles la forclusion aboutissait à priver totalement la requérante au principal de la possibilité de faire valoir son droit à l'égalité de traitement en vertu d'une directive.

¹¹⁷ Voir aussi arrêt du 2.12.1997, *Fantask e. a.*, C-188/95, Rec. I-6783.

4.3 *Invocabilité d'office par le juge*

La question se pose de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure, le juge national saisi d'une affaire a l'obligation, ou la faculté, de soulever d'office un point de droit de l'Union que les parties n'ont pas avancé opportunément, afin d'examiner la compatibilité avec ce dernier des dispositions du droit national.¹¹⁸

Les réponses que la Cour a données à une telle question dans les affaires *Peterbroeck*,¹¹⁹ *Van Schijndel*¹²⁰ et *Kraaijeveld*,¹²¹ expriment la complexité du sujet.¹²² Y est visible la tension entre, d'une part, l'affirmation de l'*autonomie procédurale* du législateur national et, d'autre part, l'obligation du juge d'assurer le *plein effet* des normes du droit de l'Union, compte tenu des principes d'*équivalence* et d'*effectivité*.

On peut dire, en termes généraux, que la Cour part, dans les arrêts précités, de principes communs pour arriver à des conclusions différentes.

Se basant sur le *caractère contraignant* des normes du droit de l'Union,¹²³ et sur leur *effet utile*, la Cour conclut que si, en vertu du droit national, les juridictions doivent soulever d'office les moyens tirés d'une règle interne de nature contraignante, une telle obligation s'impose également lorsqu'il s'agit de règles de droit de l'Union (*principe d'équivalence*) (*Van Schijndel*, points 13 et 17; *Kraaijeveld*, point 57).

La Cour va cependant plus loin. Elle considère qu'il en est de même, en vertu du *principe de coopération* énoncé à l'article 4, paragraphe 3, TUE, lorsque le droit national confère au juge la faculté d'appliquer d'office la règle de droit en cause.¹²⁴ La Cour convertit donc une faculté du juge en une obligation, ce qui pousse l'*effet utile* du droit de l'Union déjà sur le terrain de l'*effectivité*.

La Cour fait cependant remarquer que, pour l'application de ces principes, chaque cas doit être analysé en tenant compte de ses propres circonstances, ainsi que, s'il échet, des principes qui sont à la base du système juridictionnel national, notamment les droits de la défense et le bon déroulement de la procédure.¹²⁵

C'est ainsi que la Cour s'applique, dans *Van Schijndel* (points 20–22), à introduire les sauvegardes qu'elle considère appropriées afin que l'on tienne

¹¹⁸ Sur ce sujet, voir Lauwaars 2007, pp. 1160–1173.

¹¹⁹ Arrêt du 14.12.1995, *Peterbroeck*, C-312/93, Rec. I-4599.

¹²⁰ Arrêt du 14.12.1995, *Van Schijndel et Van Veen*, C-430/93 et C-431/93, Rec. I-4705.

¹²¹ Arrêt du 24.10.1996, *Kraaijeveld e.a.*, C-72/95, Rec. I-5403, point 56.

¹²² Voir également conclusions Jacobs du 4.5.1994 et du 15.6.1995, dans l'affaire *Peterbroeck*, et du 15.6.1995, dans l'affaire *Van Schijndel*. Les audiences finales dans ces deux affaires ont été tenues ensemble, après réouverture de la procédure orale dans la première affaire, et les arrêts ont été prononcés le même jour.

¹²³ Qu'il s'agisse d'articles du traité (*Peterbroeck*, l'article 52 du traité CEE; *Van Schijndel*, les règles de concurrence) ou de dispositions d'une directive (*Kraaijeveld*, points 55–56).

¹²⁴ *Van Schijndel*, point 14; *Kraaijeveld*, point 58.

¹²⁵ *Peterbroeck*, point 14.; *Van Schijndel*, point 19. Voir aussi arrêt *Cofidis*, cité ci-après, point 37.

compte du principe selon lequel, dans le cadre d'une procédure civile, le juge est limité, sauf cas exceptionnels, par l'obligation de s'en tenir à l'objet et aux faits du litige tels que défini et présentés par les parties. Dans de telles conditions, la Cour jugea que le *principe d'effectivité* n'imposait pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré du droit de l'Union.

Dans *Peterbroeck* (points 16–23), la Cour s'est référée aux particularités de la procédure en cause pour conclure que le droit de l'Union s'opposait à l'application d'une règle nationale interdisant au juge d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte interne avec ledit droit, lorsque ce dernier n'a pas été invoqué dans un certain délai par le justiciable.

L'affaire *Eco Swiss*,¹²⁶ concerne les pouvoirs/devoirs d'un juge saisi d'une question de droit de l'Union dans le cadre d'une procédure d'appel d'une sentence arbitrale. Reconnaisant l'importance fondamentale que revêt l'interprétation uniforme de toute disposition du droit de l'Union, «quelles que soient les conditions dans lesquelles elle a été appelée à s'appliquer», et sans préjudice de la stabilité due aux sentences arbitrales,¹²⁷ la Cour a statué que, lorsqu'en vertu des règles de procédure internes, une juridiction nationale peut être appelée à examiner la validité d'une sentence arbitrale en raison d'une prétendue méconnaissance de règles nationales d'ordre public, elle est tenue de le faire également en cas de violation alléguée des normes du traité de même nature, comme les règles de concurrence, et de procéder, le cas échéant, à un renvoi préjudiciel, ce qu'une juridiction arbitrale n'est pas en mesure de faire (*Eco Swiss*, points 37, 40). Le *principe d'équivalence* et l'*effectivité* du droit de l'Union justifient une telle conclusion.

La Cour s'est prononcée également, dans plusieurs affaires, sur le pouvoir du juge national d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause d'un contrat, à lumière de la protection assurée aux consommateurs par la directive 93/13/CEE.

Dans *Océano Grupo Editorial*¹²⁸ et dans *Cofidis*,¹²⁹ la Cour a répondu affirmativement à cette question, afin de garantir le *principe d'effectivité*, et d'assurer que les *objectifs de protection* poursuivis par la directive soient atteints.

La conclusion a été la même dans *Mostaza Claro*, précité, en connexion lui-aussi avec une procédure arbitrale. La Cour s'est basée, pour sa conclusion, tant sur le *principe d'équivalence* que sur le *principe d'effectivité*, ainsi que sur la nature et l'importance de l'intérêt public lié à la protection des consommateurs (points 38–39).

En revanche, dans *Van der Weerde*,¹³⁰ la Cour a jugé que l'application d'office par le juge national d'un moyen tiré du droit de l'Union n'était, dans les circonstances de l'espèce, justifiée ni par le *principe d'équivalence* ni par celui d'*effectivité*.

¹²⁶ Arrêt du 1.6.1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Rec. I-3055.

¹²⁷ *Eco Swiss*, point 35. V. aussi arrêt du 26.10.2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Rec. I-10421, point 34.

¹²⁸ Arrêt du 27.6.2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, C-240 à C-244, Rec. I-4941, points 25–29.

¹²⁹ Arrêt du 21.11.2002, *Cofidis*, C-473/00, Rec. I-10875, points 32–38.

¹³⁰ Arrêt du 7.6.2007, *Van der Weerde*, C-222 à C-225/05, Rec. I-4233, points 28–38 et 39–40.

4.4 *Obligation de retirer un acte administratif illégal?*

La Cour de justice a été interrogée sur la question de savoir si le droit de l'Union, et notamment l'article 4, paragraphe 3, TUE, impose à un organe administratif de revenir sur une décision devenue définitive à la suite d'un arrêt d'une juridiction nationale statuant en dernier ressort, qui s'est avéré, au vu d'une jurisprudence de la Cour postérieure à celui-ci, fondé sur une interprétation erronée du droit de l'Union.

Par son arrêt *Kühne*, de 2004,¹³¹ la Cour a établi les conditions dans lesquelles une réponse affirmative à cette question s'impose, en principe,¹³² afin de garantir au droit de l'Union son *plein effet*.

Par son arrêt *i-21 Germany et Arcor*,¹³³ la Cour, tout en rappelant les principes fixés dans *Kühne*, n'a toutefois pas reconnu la pertinence de cet arrêt pour une situation dans laquelle les parties concernées n'ont pas épuisé les voies de recours à leur disposition, sous réserve néanmoins du *principe d'équivalence*, au cas où le maintien de l'acte illégal serait considéré «insupportable».

4.5 *Le devoir d'adopter des sanctions*

La question du choix des sanctions à appliquer tant au niveau national qu'au niveau des règles adoptées par les institutions, a aussi été considérée par la Cour.

D'une part, la Cour¹³⁴ a dit pour droit que, lorsqu'une réglementation communautaire ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de violation de ses dispositions ou renvoie, sur ce point, aux dispositions nationales, le *devoir de coopération* impose aux États membres de prendre toutes les mesures propres à garantir la *portée et l'efficacité* du droit de l'Union, et qu'ils peuvent faire usage d'un pouvoir discrétionnaire quant au choix des sanctions, à condition de respecter le *principe d'équivalence* et les *principes d'effectivité et de proportionnalité*.

D'autre part, dans deux affaires introduites par la Commission contre le Conseil à l'encontre de décisions-cadre adoptées dans le contexte des dispositions du Titre VI du traité UE, relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale,¹³⁵ la Cour a jugé que, s'il est vrai que, en principe, la législation pénale et de procédure pénale ne relève pas de la compétence de l'Union, «il n'en demeure

¹³¹ Arrêt du 13.1.2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, Rec. I-837, points 20 et suivants.

¹³² Et sans préjudice de la sécurité juridique, qui impose de ne pas léser les intérêts de tiers.

¹³³ Arrêt du 19.9.2006, *i-21 Germany et Arcor*, C-392/04 et C-422/04, Rec. I-8559, points 51 et suivants.

¹³⁴ Arrêts du 26.10.1995, *Siesse*, C-36/94, Rec. I-3573, point 20, et du 7.12.2000, *Andrade*, C-213/99, Rec. I-11083, point 19.

¹³⁵ Arrêts du 13.9.2005, *Commission/Conseil*, C-176/03, Rec. I-7879, point 48, et du 23.10.2007, *Commission/Conseil*, C-440/05, Rec. I-9097, point 66.

pas moins que le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, peut imposer aux États membres l'obligation d'instaurer de telles sanctions pour garantir la *pleine effectivité* des normes qu'il édicte dans ce domaine».

5 Le droit à une protection juridictionnelle effective

5.1 L'accès au juge

Ainsi que la Cour de justice l'a rappelé, entre autres, dans son arrêt *Unión de Pequeños Agricultores*,¹³⁶ l'Union européenne est une Union de droit dans laquelle les institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le traité et les principes généraux du droit dont font partie les droits fondamentaux. Dès lors, les particuliers doivent pouvoir bénéficier d'une protection juridictionnelle effective des droits qu'ils tirent de l'ordre juridique de l'Union.¹³⁷

L'insertion dans l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a conféré à ce droit un statut qui a, en conséquence du renvoi opéré par l'article 6, paragraphe 1, TUE, la même valeur juridique que les traités.

Afin de rendre effectif ce même droit, le traité a institué un système de voies de recours¹³⁸ et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions. Ainsi que la Cour l'a relevé,¹³⁹ le droit à une protection juridictionnelle effective ne saurait cependant remettre en cause les conditions posées à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE.¹⁴⁰

¹³⁶ Arrêt du 25.7.2002, *Unión de Pequeños Agricultores*, C-50/00 P, Rec. I-6677, points 38–39. Voir, également, arrêts du 15.5.1986, *Johnston*, 222/84, Rec. p. 1651, point 18, et du 27.11.2001, *Commission/Autriche*, C-424/99, Rec. I-9285, point 45.

¹³⁷ Arrêts du 1.4.2004, *Commission/Jégo-Quééré*, C-263/02 P, Rec. I-3425, point 29, et du 22.3.2007, *Regione Siciliana II*, C-15/06 P, Rec. I-2591, point 39, Voir Lenaerts et al. 2006, pp. 85–92.

¹³⁸ Voir arrêt du 23.4.1986, *Les Verts/Parlement*, 294/83, Rec. p. 1339, point 23. *Unión de Pequeños Agricultores*, point 40. Dans ces arrêts, la Cour considère qu'il s'agit d'un système de voies de recours «complet».

¹³⁹ Arrêt du 10.9.2009, *Commission/Ente per le Ville vesuviane*, C-445/07 P et C-455/07 P, Rec. I-7993, point 65.

¹⁴⁰ Dans son arrêt *Jégo-Quééré* (arrêt du 3.5.2002, *Jégo-Quééré/Commission*, T-177/01, Rec. II-2365, points 44–54), annulé par la Cour, le Tribunal avait entrepris de reconsidérer l'interprétation stricte, retenue jusqu'alors, des conditions de recevabilité des recours des particuliers, notamment en ce qui concerne la notion de «personne individuellement concerné-e» (cf. point 51 de l'arrêt). Cf. également les conclusions Jacobs sous l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores*, points 40–60, et sous l'arrêt *Jégo-Quééré*, points 38–47.

Le système institué par les traités n'accordait aux personnes physiques et morales qu'un accès limité à la juridiction de l'Union, ces personnes ne pouvant pas attaquer directement des actes des institutions ayant une portée générale ni certaines décisions individuelles les affectant. Il incomberait par conséquent aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant de compléter les mécanismes de protection assurés par le traité. Le rôle des juridictions nationales dans l'application du principe de la protection juridictionnelle devient ainsi fondamental.

En effet, la Cour considère qu'afin d'assurer la protection juridictionnelle des particuliers lorsque ceux-ci ne sont pas recevables à attaquer directement des actes des institutions, les juridictions nationales sont tenues, conformément à leur *devoir de coopération loyale*, d'interpréter et d'appliquer, dans toute la mesure du possible, les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permette aux particuliers de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte des institutions.¹⁴¹ Selon la Cour (*Regione Siciliana II*, point 39), une telle orientation n'équivaut pas à un déni de justice.

Le traité de Lisbonne n'est pas resté insensible aux difficultés rencontrées dans l'accès au juge afin d'obtenir un contrôle d'actes normatifs. C'est ainsi que l'article 263, paragraphe 4, TFUE a élargi la recevabilité des recours des particuliers à ceux qui sont formés par toute personne physique ou morale «contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas des mesures d'exécution».

Étant donné que la condition que la personne requérante soit directement concernée n'a pas été modifiée par le traité de Lisbonne, la portée de la nouvelle rédaction dépend de l'interprétation que la juridiction communautaire pourra faire des notions d'acte réglementaire et de mesure d'exécution. Jusqu'à présent, la question n'a été soulevée que devant le Tribunal, et d'une façon qui ne permet pas de disposer, à ce jour, d'une orientation jurisprudentielle définitivement établie.¹⁴²

¹⁴¹ Arrêts *Unión de Pequeños Agricultores*, point 42, et *Regione Siciliana II*, point 39. Cf. également l'ensemble de décisions relatives aux recours introduits par la Regione Siciliana: ordonnance du Tribunal du 8.7.2004, T-341/02, *Regione Siciliana I*, Rec. II-2877, confirmée en pourvoi par la Cour (arrêt du 2.5.2006, *Regione Siciliana I*, C-417/04 P, Rec. I-3881); arrêt du Tribunal du 18.10.2005, *Regione Siciliana II/Commission*, T-60/03, Rec. II-4139, annulé par la Cour. Voir, dans un contexte semblable, les ordonnances prises par le Tribunal et la Cour dans les affaires introduites à l'encontre de la Commission par la Municipalité de Gondomar - ordonnances du 11.6.2007, T-324/06 R, du 10.9.2008, T-324/06 et du 24.9.2009, C-501/08 P, Rec. I-152, Pub.somm., ainsi que l'arrêt du Tribunal du 18.7.2007, *Ente per le Ville Vesuviane/Commission*, T-189/02, Rec. II-89, Pub.somm., annulé par la Cour. Sur cette problématique, Cruz Vilaça 2010, pp. 863/864.

¹⁴² Cependant, voir, par exemple, arrêts du 8.3.2012, *Iberdrola/Commission*, T-221/10, et du 6.9.2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e. a./Parlement et Conseil*, T-18/10, non encore publiés au Recueil. Selon ce dernier arrêt, la notion d'«acte réglementaire» au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE doit être comprise comme visant tout acte de portée générale à l'exception des actes législatifs.

Il y va de l'*effet utile* des dispositions du traité prévoyant un «système complet» de voies de recours qui soit capable d'assurer un degré satisfaisant de protection juridictionnelle des droits des particuliers dans l'ordre juridique de l'Union.

5.2 *Le droit à une tutelle provisoire*

Le souci d'assurer la *pleine efficacité* du droit de l'Union a également conduit la Cour, dans son arrêt *Factortame I*,¹⁴³ à reconnaître au juge national la compétence pour octroyer des mesures provisoires à l'encontre de toute règle nationale prétendue incompatible avec le droit de l'Union et pour écarter son application au cas où elle pourrait constituer le seul obstacle à ce qu'il ordonne des mesures provisoires en vue de garantir la *pleine efficacité* de la décision juridictionnelle à intervenir sur le fond.

La Cour a notamment estimé que l'*effet utile* du mécanisme du renvoi préjudiciel serait amoindri si la juridiction nationale qui interroge la Cour ne pouvait pas accorder des mesures provisoires jusqu'au prononcé de sa décision prise à la suite de la réponse de la Cour (*Factortame I*, point 22).

La Cour s'est prononcée également sur le sursis à l'exécution d'actes administratifs nationaux fondés sur un règlement communautaire, ordonné par un juge interne lorsque celui-ci a des doutes sur la légalité du règlement. Elle a souligné, à cet égard, que le juge national, sans préjudice de devoir saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, «a l'obligation d'assurer le *plein effet* du droit communautaire et donc, en cas de doute sur la validité des règlements [...], celle de prendre en compte l'intérêt de la Communauté à ce que ces règlements ne soient pas écartés sans garantie sérieuse».¹⁴⁴ Afin d'éviter que le règlement en cause ne soit, à défaut d'application immédiate, privé de tout *effet utile*, la Cour a formulé des conditions assez strictes à respecter par le juge.¹⁴⁵

Il convient encore de rappeler que la Cour a examiné, dans son arrêt *T. Port*,¹⁴⁶ la question de savoir si un juge national peut accorder à des opérateurs économiques une protection provisoire justifiée par la prévision d'un acte futur de la Commission devant être adopté en vertu d'un règlement. Elle y a conclu que, puisque le traité n'a pas prévu la possibilité d'un renvoi lui permettant de constater à titre préjudiciel la carence d'une institution, les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour prescrire des mesures provisoires en attendant que l'institution ait agi.¹⁴⁷

¹⁴³ Arrêt du 19.6.1990, *Factortame I*, C-213/89, Rec. I-2450, points 20–23.

¹⁴⁴ Arrêts du 21.2.1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* C-143/88 et C-92/89, Rec. I-415, point 30; et du 9.11.1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, Rec. I-3761, point 42.

¹⁴⁵ *Zuckerfabrik*, points 31–32; *Atlanta*, points 43–45. La possibilité pratique pour une juridiction de mettre en œuvre toutes ces conditions dans chaque cas d'espèce apparaît douteuse.

¹⁴⁶ Arrêt du 26.11.1996, *T. Port*, C-68/95, Rec. I-6065, points 53–54.

¹⁴⁷ Pour une vision critique de l'orientation de cet arrêt, voir Cruz Vilaça 1998, pp. 259–260, note 4.

C'est encore dans le souci de préserver la *pleine efficacité* des dispositions du traité en matière de concurrence, et surtout en vue d'éviter que l'exercice du droit de décision dont était investie la Commission en vertu du règlement n° 17, de 1962,¹⁴⁸ «ne finisse par devenir inefficace, ou même illusoire», que la Cour a considéré que les compétences que la Commission tenait de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17, comprenaient celle de prendre les dispositions provisoires indispensables pour lui permettre d'exercer de manière efficace ses fonctions et, en particulier, pour garantir l'*effet utile* des décisions éventuelles visant à obliger les entreprises à mettre fin aux infractions constatées.¹⁴⁹

6 Étendue du champ d'application du traité en vertu de l'effet utile

6.1 Les compétences extérieures de l'Union et les pouvoirs implicites

L'élargissement au domaine international, même en l'absence d'une disposition expresse, des compétences conférées à l'Union dans l'ordre interne en vue de réaliser un objectif déterminé, représente un cas d'application du principe de l'*effet utile* et du devoir de *coopération loyale*, ayant un impact sur les pouvoirs (*implicites*) de l'Union pour conclure des accords internationaux. La Cour y a ouvert la voie dans ses arrêts *AETR*¹⁵⁰ et *Kramer*¹⁵¹ et a affiné sa doctrine dans les avis 1/76,¹⁵² 2/91¹⁵³ et 2/92,¹⁵⁴ ainsi que dans les arrêts de 2002 sur les accords dits de «ciel ouvert».¹⁵⁵

Ainsi que la Cour l'a proclamé, par exemple au point 136 de l'arrêt «ciel ouvert» *Commission/Allemagne*, dans le domaine des relations extérieures, la

¹⁴⁸ Règlement du Conseil - Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité - JO 13, du 21.2.1962, pp. 204-211.

¹⁴⁹ Ordonnance du 17.1.1980, *Camera Care/Commission*, 792/79 R, Rec. 119, point 18 (c'est nous qui soulignons). Voir aussi l'ordonnance du 29.9.1982, *Ford/Commission*, 229 et 228/82 R, Rec. 3091, point 13; et l'arrêt du Tribunal du 24.1.1992, *La Cinq/Commission*, T-44/90, Rec. II-1. Cette jurisprudence a été à l'origine de la prévision expresse, dans les articles 5 et 8 du règlement n° 1/2003, précité, de la compétence de la Commission pour prendre des mesures provisoires.

¹⁵⁰ Arrêt du 31.3.1971, *Commission/Conseil (AETR)*, 22/70, Rec. 263, points 16-31. La Cour n'a cependant pas repris dans l'arrêt la référence à l'effet utile proposée par la Commission dans son argumentation (*AETR*, point 7).

¹⁵¹ Arrêt du 14.7.1976, *Kramer*, 3, 4 et 6/76, Rec. p. 1279.

¹⁵² Avis 1/76, du 26.4.1977, Rec. p. 741, points 3-4.

¹⁵³ Avis 2/91, du 19.3.1993, Rec. I-1061.

¹⁵⁴ Avis 2/92, du 24.3.1995, Rec. I-521.

¹⁵⁵ Voir les arrêts du 5.11.2002, dans des affaires opposant la Commission à plusieurs États membres, C-466/98 et suivants, Rec. I-9427 et suivants.

mission de l'Union et les buts du traité seraient compromis si les États membres pouvaient conclure des engagements internationaux contenant des règles susceptibles d'affecter des règles adoptées par l'Union ou d'en altérer la portée.¹⁵⁶

6.2 Application aux États membres des règles de concurrence adressées aux entreprises

L'application aux États membres, par la jurisprudence, des règles de concurrence du traité, en particulier les articles 101 et 102 TFUE, constitue également un cas singulier d'application du principe de l'*effet utile*.

Il est vrai que les articles 101 et 102 TFUE¹⁵⁷ concernent uniquement le comportement des entreprises. La Cour de justice a cependant procédé à une lecture de ces articles en combinaison avec les dispositions du traité dont émane l'affirmation du devoir réciproque de coopération loyale,¹⁵⁸ ainsi qu'avec celles qui établissent le principe d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur.¹⁵⁹

Selon la Cour,¹⁶⁰ ces dispositions conjuguées imposent aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'*effet utile* des règles de concurrence applicables aux entreprises.¹⁶¹ Dans ce contexte, la Cour (*CIF*, précité, points 48–50) a précisé que, en vertu du principe de primauté, toute disposition nationale qui s'oppose à l'*effet utile* de ces règles doit être laissée

¹⁵⁶ L'article 3, paragraphe 2, TFUE «codifié» désormais les conditions d'application de la jurisprudence qui vient d'être mentionnée.

¹⁵⁷ Ex-articles 85 et 86 du traité CEE et ex-articles 81 et 82 CE.

¹⁵⁸ Article 4, paragraphe 3, TUE, ex-article 5 du traité CEE et ex-article 10 CE.

¹⁵⁹ Ex-article 3, paragraphe 1, sous f), du traité CEE et ex-article 3, paragraphe 1, sous g), CE (actuellement article 3, paragraphe 3, et Protocole n° 27, relatif au marché intérieur et à la concurrence). Cf. Bellamy & Child 2008, pp. 1051–1054; Whish & Bailey 2012, pp. 50–51, 215–222; Van Bael & Bellis 2010, pp. 882–895.

¹⁶⁰ Cette jurisprudence a été inaugurée par l'arrêt du 16.11.1977, *INNO/ATAB*, 13/77, Rec. p. 2115, points 28–35. Voir également arrêts du 1.10.1987, *Vlaamse Reisbureaus*, 311/85, Rec. p. 3801, points 22–24, du 3.12.1987, *BNIC/Aubert*, p. 136/86, Rec. 4789; points 22–25, du 21.9.1988, *Van Eycke*, 267/86, Rec. p. 4769, point 16; du 11.4.1989, *Ahmed Saeed*, 66/86, Rec. p. 803, du 17.11.1993, *Reiff*, C-185/91, Rec. I-5801, point 14, du 9.6.1994, *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, C-153/93, Rec. I-2517, point 14, du 5.10.1995, *Centro Servizi Spediporto*, C-96/94, Rec. I-2883, point 20, du 19.2.2002, *Arduino*, C-35/99, Rec. I-1529, point 34, 9.9.2003, *CIF-Consortio Industrie Fiammiferi*, C-198/01, Rec. I-8055, points 45–49, du 5.12.2006, *Cipolla e.a.*, C-94/04 et C-202/04, Rec. I-11421, point 46, et du 2.12.2010, *Jakubowska*, précité, point 48. Voir aussi, pour une révision de cette jurisprudence, conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro sous l'arrêt *Cipolla*.

¹⁶¹ En ce qui concerne l'article 101 TFUE, voir arrêts précités *Arduino*, point 35, *Cipolla*, point 47, et *Jakubowska*, point 49.

inappliquée, que ce soit par les juridictions nationales ou par tout autre organe de l'État, en ce compris les autorités administratives.

Il y a lieu de souligner que l'abrogation de l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE, par le traité de Lisbonne, n'a pas empêché la Cour d'appliquer, dans *TeliaSonera*,¹⁶² à l'article 3, paragraphe 3, TUE, lu en combinaison avec le protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence, ainsi qu'avec l'article 102 TFUE, le même raisonnement qu'elle avait introduit à propos de la disposition abrogée du traité CE.

Références

- Accetto M, Zleptnig S (2005) The principle of effectiveness: rethinking its role in community law. *Eur Pub Law* 11(3):375–403
- Barav A (1998) Le juge et le justiciable. In: Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini II, A. Giuffrè, Milano, p 57
- Bebr G (1970) Directly applicable provisions of community law: the development of a community concept. *Int Comp Law Q* 19:257
- Becker F, Campbell A (2007) The direct effect of european directives: towards the final act? *Columbia J Eur Law* 13:401–426
- Bellamy C, Child G (2008) *European Community law of competition*, 6th edn. Oxford University Press, pp 1051–1054
- Boulois J (1996) Sur la responsabilité des États membres des Communautés européennes pour les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables *Gaz eur* 1(3):5–10
- Craig P (1993) Francovich, remedies and the scope of damages liability. *Law Q Rev* 109:595
- Craig P (1997) Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation. *Eur Law Rev* 22:519
- Cruz Vilaça JL (1998) La procédure de référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire. In: Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini II. Giuffrè editore, pp 259–260, note 4
- Cruz Vilaça JL (2001) A propósito dos efeitos da directivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Cadernos de Justiça Administrativa*, vol 30, Lisboa, p 3
- Cruz Vilaça JL (2010) La protection juridictionnelle des particuliers en matière de fonds communautaire - Peut-on être 'directement concerné' par une décision adressée à un État membre?. In: *L'Union européenne: Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, A. Pedone, Paris, pp 863/864
- Dashwood A (1978) The principle of direct effect in European Community law. *J Comm Mkt Stud* 16:229
- De Búrca (1997) National procedural rules and remedies: the changing approach of the Court of justice. In: Lonbay and Biondi (éds) *Remedies for breach of EC law*. Willey, pp 3–4
- Ehrlicke U (2004) Réflexions sur les limites des principes d'interprétation conforme et d'effet utile des directives. *Euredia* 1:153–172
- Hartley TC (2010) *The foundations of European law*, 7th edn. Oxford University Press, p 209 et seq
- Hinton E (1999) Strengthening the effectiveness of community law: direct effect, article 5 EC, and the European Court of Justice. *JILP* 31:307–347
- Honsell H (2001) Der "effet utile" und der EuGH. *Zum Recht der Wirtschaft*. Festschrift Heinz Krejci, pp 1929–1940

¹⁶² Arrêt du 17.1.2011, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige*, C-52/09, non encore publié au Recueil, points 20–22.

- Lauwaars R (2007) The application of Community law by national courts Ex-Officio. *Fordham Int Law J* 31(5):1160–1173
- Lenaerts K, Arts D, Macelis I, Bray R (2006) *Procedural Law of the European Union*, 2nd edn. Sweet & Maxwell, London
- Lenaerts K, Van Nuffel P, Bray R, Cambien N (2011) *European Union Law*. Sweet & Maxwell, London
- Louis JV, Ronse T (2005) L'ordre juridique de l'Union européenne, Dossier de droit européen. Helbing Lichtenhahn/Bruylant/L.G.D.G. 13:246 et seq
- Ormand R (1976) L'utilisation particulière de la méthode d'interprétation des traités selon leur «effet utile» par la Cour de justice. *RTDE* 1:624–634
- Pescatore P (1983) The doctrine of “direct effect”: an infant disease of Community law. *Eur Law Rev* 8:155
- Pescatore P (2003) Monisme, dualisme et «effet utile» dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne. In: *Une Communauté de droit*. Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias, Verlag, Berlin, pp 329–342 – Réimpression dans *Collection droit de l'Union européenne*, par Fabrice Picod (2008) *Grands Écrits*, 16 Études de droit communautaire européen 1962–2007, Bruylant, Bruxelles
- Potacs M (2009) Effet utile als Auslegungsgrundsatz. *Europarecht* 4:465–487
- Prechal S (2005) *Directives in EC Law*, 2nd edn. Oxford
- Schilling T (2002) Die Auslegung nach dem effet utile in der Rechtsprechung des EuGH – dargestellt am Beispiel der Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung
- Schmid C (2009) Vom effet utile zum effet néolibéral. *Europäische Gesellschaftsverfassung*. pp 33–53
- Schockweiler F (1995) Les effets des directives dans les ordres juridiques internes. *Rev. Marché unique eur* 2:12
- Scorrano MG (2006) Il principio dell'effetto utile. *L'Ordinamento Europeo* 2:349–389
- Seyr S (2008) Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH. Duncker & Humblot, Berlin
- Skouris V (2006) *Effet utile* versus Legal Certainty. *Eur Bus Law Rev* 2:241–255
- Snyder F (1993) The effectiveness of European law: institutions, processes, tools and techniques. *Mod Law Rev* 56:19–54
- Streinz R (1995) Der “effet utile” in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. *Festschrift für Ulrich Everling* II:1491–1509
- Temple Lang J (1990) Community constitutional law: article 5 EEC Treaty. *Common Markt Law Rev* 27:645
- Temple Lang J (2008) Developments, issues and new remedies—the duties of national authorities and courts under article 10 of the EC treaty. *Fordham Int Law J* 31(5):1483
- Timmermans C (1979) Directives: their effect within the national legal systems. *Common Mkt Law Rev* 533
- Timmermans C (1988) Rapport communautaire – community directives, vol XVIII. Congrès FIDE, Stockholm, juin 1998
- Tridimas T (2006) *The general principles of EU law*, 2nd edn. Oxford University Press
- Van Bael I, Bellis J-F (2010) *Competition law of the European Community*, 5th edn. Wolters Kluwer
- Van der Esch B (1992) Les principes d'interprétation dégagés par la Cour et leur pertinence en droit européen de la concurrence/The Principles of Interpretation. *Rev Dr Affs Ints* 4:419–447
- Van Gerven W (1994) The horizontal effect of directive provisions revisited: the reality of catchwords. In: Curtin D, Henkels T (éds) *Institutional Dynamics of European Integration*. Essays in Honour of Henry G. Schermers vol II. Martinus Nijhoff Publishers, p 335
- Von Oettingen A (2010) Effet utile und individuelle Rechte im Recht der Europäischen Union, *Nomos*
- Wathelet M, Wildemeersch J (2010) Contentieux européen. *Larcier*, pp 21–41
- Whish R, Bailey D (2012) *Competition law*, 7th edn. Oxford University Press, pp. 50–51 et 215–222
- Winter JA (1972) Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in Community Law. *Common Mkt Law Rev* 9:425

Reasonableness in the European Court of Justice Case-Law

Giuseppe Tesauro

Abstract This article reviews the European Court of Justice's case-law on the so-called principle of reasonableness. Many authors represent reasonableness as the rule of reason transferred to free movement of goods, persons and services, and applied more generally to European citizenship and competition. The idea is here contended, as the Court never accepted the parties argument that reasonableness may be considered an autonomous parameter of legitimacy of national or Union acts or norms. In free movement of goods or services cases, the Court always used the proportionality test, not mentioning the reasonableness or the rule of reason invoked by the parties. The Cassis de Dijon formula is something different from the rule of reason. In competition cases, the use of the rule of reason has been expressly excluded by European judges, as the economic approach has been applied not only to Article 101 (3) but also to Article 101(1) already in early case-law. The only autonomous and specific use of reasonableness as a legitimacy parameter is related to the delay of process and administrative procedures, particularly when it is linked with the fundamental right of defence.

Judge of the Italian Constitutional Court, ECJ Advocate General 1988–1998, Prof. EU Law.

G. Tesauro (✉)

Italian Constitutional Court, Rome, Italy

e-mail: giuseppe.tesauro@fastwebnet.it

1 Introduction

A consideration of the concept of reasonableness, at a time when many scholars, politicians and others are questioning the nature and the functioning of the European Union's legal system must necessarily start from the essential features that make this system "a new legal order of international law", the expression taken from a landmark judgment of the European Court of Justice (ECJ), given in 1963.¹

The Rome Treaty of 1957, with all the periodic additions and modifications, including those introduced by the Lisbon reform which entered into force in December 2009, have been incorporated into the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), new labels which do not have a very catchy sound. The two treaties act as a framework of a set of norms of different origin, international, Union or national, which all the institutions concerned have the task of making fit together in a coherent way, preserving their specific nature and purpose. The norms are applied in several national legal systems, currently 27, and, to a very great extent, owing to the work of national administrations and national judges. It is further a system of norms which, by indicating convergent objectives for the overall design for integration, mostly imposes on its main actors—Union institutions, Member States and individuals—functional forms of conduct for the pursuit and realisation of these objectives, thus a series of obligations and prohibitions. Even rights, which directly or indirectly are conferred to individuals, are often the natural correlation of the duties and prohibitions imposed on the Member States and on Community institutions.²

The characteristics recalled above enable to understand properly the implications for certain aspects of great importance for a legal system. First of all, the requirement to ensure proper respect of the obligations and prohibitions undertaken by Member States, both reciprocally and in relation to the European Union, has led to the ECJ acquiring a constitutional, structural role, with particular force and visibility in the initial phases of advancement and consolidation of the integration process.

Secondly, the purpose of the norms in pursuing objectives, in both the short and the long term, determined the choice operated by the judges, but not only by the judges, to have recourse frequently to a teleological criterion of interpretation of laws. Thus, there has been a clear over-turning of international law's typical presumption and specifically of the instruments of organised co-operation between

¹ Case 26/62, *Van Gend en Loos* [1963], ECR I.

² I have allowed myself to use the term "Community" rather than "Union", which, though required by the Lisbon Treaty, does not convey the whole original idea of peoples living together in a community to cultivate shared values which lie at the basis of the European integration process considered as a whole. Still less would I use the expression "euro-unitary" which may sometimes be found in the literature.

sovereign States, which maintain the freedom of the States as the rule and the limitation as an exception, an exception which should be expressly agreed. The teleological criterion of interpretation has so assumed primary importance in the Community's judicial practice, essentially towards integration rather than against it. To a great extent, that has contributed to even further exalting the role of the judge, who constantly sought to identify and to promote the legislative intent to achieve the objectives set out in the Treaties, i.e. integration.

Thirdly, the application of Community law is, for an overwhelming extent, remitted to national administrations; so that has led to the emergence of a finding of a structural, thus fundamental, synergy between Community and national courts, a synergy which has been based on the reference for a preliminary ruling mechanism. National courts, in particular, are not only ordinary judges of Community law, but also contribute decisively to guaranteeing both coherence between the Community and internal legal orders as well as effectiveness of the legal system as a whole. So far as consistency is concerned, one may consider the long-distance dialogue between the Italian and German constitutional courts, as well as the French Council of State on the one side, and the ECJ on the other, concerning the primacy of European law. Also relevant is the protection, in the context of Community law, of fundamental rights by the same ECJ. As far as the effectiveness of the Community system is concerned, the continuous and direct dialogue between the ECJ and ordinary national judges through the reference for a preliminary ruling can be reminded, with particular attention to the direct effect of Community acts and laws, and partly, where precise conditions are satisfied, of directives too. In addition, there are the topics of interim measures, State liability for breach of Community law, restrictions of the fundamental freedom determined by non-discriminatory measures and the relationship between primacy and the principle of *res judicata*.

Finally, the specificity of the EU legal system, with the central and driving role played by the EU courts in co-operation with national judges, has revealed the importance of the use of principles in both interpretation and application of the norms and more specifically of prohibitions and obligations imposed upon Union's institutions, Member States and individuals. Definitely, it is the Community of law, which represents the pride and glory of the European Union system and which has determined not only the system's success but also its imperviousness to difficulties that from time to time suggest a decline of the integration process, at least to those who, having been convinced only recently of the value of European integration, often are not able to recognise its fundamental basis. For that reason, they remain surprised that even apparently negative steps may have established a real stride forward.

Now, what about reasonableness? Let us start with the observation that reasonableness is a word, or rather a notion, which may be found very often in the legal literature and case-law. In civil law, there is the balancing of the positions of parties to a contract; in public law, there is the principle of proper performance of the public administration or the evaluation of deviations from applying the equality principle. In constitutional jurisprudence, there have been instances where

reasonableness has found space both as a measure of the action between litigants, and, in the context of conflicts between State powers, as a rule of faithful co-operation; and it is construed as a reasonable equality, which operates to approximate equal situations and differentiate different ones. It can also be read as the need for coherence with the purposes pursued by the legislator, referring substantially to the principle of proportionality, or in any case to the balancing of interests pertaining to a test of necessity, sufficiency or proportionality of the rule. In any case, examination for reasonableness in constitutional case-law entails another particular test, which is added to that exercised on the basis of constitutional specific rules. Usually, the test of reasonableness, even in its most abstract form, is carried out weighting the proportionality of the means chosen by the legislator in its unfettered discretion in relation to the objective requirements to be satisfied or the aims which it intends to pursue.³ There are as well occasions where the test of reasonableness is conducted independently from the criteria considered by the legislator and thus external to the text, such as to raise some criticism and even some perplexity. In international law, moreover, the concept of reasonableness is invoked with the intent of limiting the prerogatives and discretionary powers remained with States.⁴

In Community law, reasonableness may be found less often, and in any case references appear to evoke different meanings of the notion. On certain occasions, reference is made to reasonableness as a formal principle which aims to preserve subsidiarity or proportionality, the balancing of Community interests with those of the Member States in the exercise of their respective powers; on others, as a substantive principle which leads towards a convergence of national regulations; on yet others, observers seek to infer the existence of a criterion, employed by the Community courts, in the evaluation of the legitimacy or illegitimacy of national measures contrary to Community law.

Special attention to the position occupied by reasonableness in Community case-law offers, therefore, a possibility for concrete reflection, and not simply an evocation of a stereotype, consisting of affirmations that may be erudite but are nevertheless ephemeral, and that obscure the quest for real elements both in terms of the nature of the Community legal system and of the practical application of the criterion of reasonableness.

It may be superfluous to note, as a preliminary remark, that reasonableness hardly appears in the texts. Article 97 TFEU recalls, pursuant to the logic of a market without frontiers for goods, persons, services and capital, that tariffs for cross-border transport must not exceed a reasonable level, having regard to the effective costs. The Nice Charter, which, after Lisbon, has the same value as the Treaties, contains a reference to reasonableness in relation to the time limits for

³ Italian Constitutional Court, 1988, n. 1130.

⁴ Salmon 1981, p. 459; generally, on the subject, see Corten 1997. See also the individual opinion of Judge Cot, paras 14 et seq. in the case of *Volga* decided by the international Tribunal of the Sea, with judgment on 23 December 2002, in TIDM, Reports, 2002, p. 10 seq.

administrative proceedings (Article 41); and to the right to a trial, which in addition to being both public and fair, must also take place within a reasonable period of time before an independent and impartial judge (Article 47). Beyond those examples, one does not often succeed in finding reasonableness mentioned in secondary EU law, except with regard to procedural matters. In some cases, there is mention of reasonableness in some versions, but not in others, as occurred for example in Directive 2007/46/EC on the approval of motor vehicles, as far as the expression “reasonable grounds” is concerned.⁵ However, the opposite can also occur or, exceptionally, reasonableness can instead be invoked several times and come to be retained in the majority of translations.⁶

2 The Cassis de Dijon Formula: EU Style Rule of Reason?

It is appropriate, therefore, to start by looking to the ECJ’s case-law, in an attempt to isolate, if possible, the specific function and extent of reasonableness, with the purpose of verifying whether it has an autonomous relevance, and may be whether one may also recognise a value of legitimacy parameter of norms or conducts.

I shall start with the case-law relating to the free movement of goods, which, at least during the first 20 years of Community experience, was the real epicentre of the system. Article 30 of the Treaty of Rome (now Article 34 TFEU) establishes a precise and peremptory prohibition on “quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect”. Article 36 (also in the TFEU), then, lists just as exhaustively the possible derogations corresponding to restrictive measures on grounds of public morality, public policy, or public security; the protection of health and life, protection of national treasures, and the protection of industrial and commercial property. A Belgian court asked the ECJ for the interpretation of such provisions in the case of Benoit and Gustave Dassonville who had imported into Belgium a load of Scotch whisky bought in France where it was in free circulation regime, without however being in possession of the certificate of origin of the goods issued by the customs authority of the United Kingdom, and required under Belgian law. From the file of the principal case, it appeared that the importer encountered severe difficulties in obtaining this certificate when the goods were not imported directly from the country of origin, “a difficulty not encountered by those importing directly” from the producer Country.⁷

⁵ Directive 2007/46/EC of the European Parliament and of the Council of 5 September 2007 establishing a framework for the approval of motor vehicles and their trailers, OJ L 263 of 9 October 2007, p. 1, Articles 23(3) and 24(6).

⁶ For example, in Directive 2008/115/EC of the Parliament and Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals OJ L 348 of 24 December 2008, pp. 98 et seq., Articles 8(4) and 15(4) and (6), the Italian translation retains the adjective “reasonable” found in the English and French versions.

⁷ Case 8/74, *Procureur du Roi v Dassonville*, 1974, ECR, 837.

The Court read Article 30 of the Treaty in a rather severe manner, also persuaded by the conclusions of Advocate General Alberto Trabucchi, and affirmed that “all trading rules enacted by Member States which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community exchanges are to be considered as measures having equivalent effect to quantitative restrictions. In the absence of a Community system guaranteeing for consumers the authenticity of a product’s designation of origin, if a Member State takes measures to prevent unfair practices in this connexion, *it is however subject to the condition that these measures should be reasonable* and that the means of proof required should not act as a hindrance to trade between Member States, and should, in consequence, be accessible to all Community nationals”.⁸

In *Dassonville*, as one can see, reasonableness is not just a word, but is especially constructed as a veritable parameter of the legitimacy of the State measure adopted in derogation to the prohibition on trade restrictions.

Some years later, the problem of measures having equivalent effect was again brought to the attention of the ECJ in the case of *Cassis de Dijon*, a French liqueur that could not be imported into Germany as it did not fulfil the criteria of alcohol content that German law placed as a condition for the marketing of drinks of the Cassis type.⁹ The ECJ, whilst repeating that in the absence of a common rule it is for Member States to regulate the production and marketing of alcoholic drinks, stated that the “Obstacles to movement within the Community resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of the products in question must be accepted in so far as those prohibitions may be recognised as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer”.¹⁰ This is the well-known *Cassis de Dijon* formula.

Many scholars have identified, in this formula, the affirmation of a “Community style” principle of reasonableness.¹¹ However, this hypothesis has no foundation in the text, since reference is made to reasonableness only in *Dassonville*, mentioned above, a point of departure neither denied nor superseded¹² for the

⁸ *Dassonville*, *supra*, paras 5 and 6; author’s italics.

⁹ Case 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, 1979 *Reports*, p. 649.

¹⁰ *Ibidem*, para 5.

¹¹ For example, Schrauwen 2005, p. 3 et seq.; Rossi and Curzon 2008, p. 295 et seq. In Case 231/83 *Cullet Leclerc*, 1985, *Reports* p. 305 et seq., Advocate General Van Themaat (para 5.2 of the Opinion) attributes to the *Cassis de Dijon* formula the nature of a *rule of reason*, without giving further explanations; the Advocate General also cited Case 112/80, *Commission v. Ireland*, 1981, *Reports* p. 1625 et seq., where however there is no mention, even by implication, of a rule of reason.

¹² Noticeably, not even from Case C-267-268/91 *Keck et Mithouard*, 1993, *Reports* pp. I-6097 et seq., or Case C-292/92 *Hünernmund*, 1993, *Reports* pp. I-6787 et seq., as many quickly noted. On this subject, see Picod 2011, pp. 47 et seq.

case-law on measures having equivalent effect, while in *Cassis de Dijon* there are neither express nor implied references to “reasonableness”. In that decision, emphasis should rather be given to the ECJ’s attention to the need for flexibility in relation to the *Dassonville* formula and the Treaty itself in evaluating the national measures which certainly affect the freedom of trade, but that are indistinctly applicable to all goods, imported or not. Indeed, such measures, provided that they are not vitiated ab initio by discrimination on the basis of nationality and thus by a manifestly protectionist intent, may be considered to escape the definition of measures having equivalent effect, which are illegal, thus eliminating the need to evaluate the applicability of the exceptions set forth in Article 36¹³ and the presence of mandatory requirements considered worthy of consideration in Community context.

That, and nothing more, is what appears in the *Cassis de Dijon* judgment. One can certainly say that the text was the result of the application of reasonableness by the ECJ judges. What is much less certain is the possibility to claim that the Community judges, in that decision, developed a principle of reasonableness, suitable in itself to constitute a parameter of legitimacy to be used in evaluating State measures adopted or preserved in derogation from the free movement of goods.

On the contrary, what is certain is that, in approaching State measures contravening the proper operation of the common market, the ECJ clearly focused on certain interests pursued and on the congruity of the measures implemented to attain those goals. In other words, we meet a principle, and thus a test, for proportionality, perhaps joined with an element of reasonableness, which first requires verification as to whether the measure responds to “imperative reasons” or, in any case, to specified interests. In this context may be it recalls reasonableness, used to identify a *reasonably* significant interest, within the limits of the *Dassonville* formula. Secondly, the test requires verifying whether the measure is appropriate for its purpose or whether it is disproportionate. Further, the balance performed by the ECJ in *Cassis de Dijon* is fairly transparent, in particular where it notes significantly that the German measures on the minimum alcohol content of alcoholic drinks “do not serve a purpose which is in the general interest and such as to take precedence over the requirements of the free movement of goods, which constitutes one of the fundamental rules of the Community” (para 14). Ultimately, an intrinsic limit was raised, of a different nature from those set forth in Article 36 of the Treaty (public policy, health, etc.), as it poses a limit to the very notion of a measure having equivalent effect, and not a derogation from the prohibition. Thus, the restrictive measure may be considered justified only when its adoption corresponds to imperative requirements worthy of protection. On this line, the Court has legitimised, in specific cases, requirements that were not expressly set

¹³ It hardly needs to be mentioned that according to consistent case-law, discriminatory national measures are only compatible if they fall within the exemptions expressly allowed by Article 36 TEC, now TFEU (Case 352/85 *Bond von Adverteerders*, 1988, *Reports* p. 2085 et seq., paras 32–33; Case 288/89 *Gouda*, 1991, *Reports* p. 4007 et seq., para 11).

out in the Treaties and has elaborated an open and modifiable catalogue of exceptions, which are strictly dependent on the evolution of the economic and the political context. Nonetheless, the *Cassis de Dijon* formula entails the observance of precise requirements, in the sense that it is necessary to safeguard significant public interests which do not receive elsewhere adequate protection by Union legislation and must be necessary or, in any case, proportionate to the pursuit of a specific objective. Reasonableness may certainly implicitly help to justify national measures which, even if applied indistinctly and without any protectionist intent, impose restrictions to, or discourage, the circulation of goods between Member States. It cannot be said, however, that reasonableness definitely has an autonomous significance, or that reasonableness is a parameter of legitimacy.

3 The Scope of the Cassis de Dijon Formula

The *Cassis de Dijon* formula has been applied to all fundamental freedoms, including services and the right of establishment. In particular, as regards services, the ECJ has identified numerous imperative requirements connected with the general interest, frequently invoked by States to justify exemptions from free movement and considered appropriate for the purpose. The formula has been applied mostly through the proportionality principle. More specifically, the measure, in addition to being linked with the satisfaction of a mandatory requirement “must be such as to guarantee the achievement of the intended aim and must not go beyond that which is necessary in order to achieve that objective”. In other words, it must not be possible to obtain the same result by less restrictive measures.¹⁴

The same approach was followed in relation to rights of establishment, for example in *Gebhard*.¹⁵ The ECJ was requested to interpret Directive 77/249/EC which aims to facilitate the effective exercise of the freedom to provide services by lawyers, in the context of disciplinary proceedings instituted by the Bar Council of Milan against Mr. Gebhard who was accused of practising a legal professional activity in Italy without the title of *avvocato*. Gebhard was a German national registered with the Stuttgart Bar, who had been living for years in Italy and carried out a practice of judicial and extrajudicial consultancy using the title of *avvocato*, even though he had never presented an express request for registration with the Milan Bar.

In that case too, the ECJ used the principle of proportionality, confirming that “[i]n the event that the specific activities in question are not subject to any rules in the host State, so that a national of that Member State does not have to have any specific qualification in order to pursue them, a national of any other Member State

¹⁴ Case C-288/89 *Gouda*, n. 13 *supra*, para 15.

¹⁵ Case C-55/94 *Gebhard v. Consiglio dell'ordine degli avvocati di Milano*, 1995, *Reports* p. I-4165 et seq.

is entitled to establish himself on the territory of the first State and pursue those activities there. However, the taking-up and pursuit of certain self-employed activities may be conditional on complying with certain provisions laid down by law, regulation or administrative action justified by the general good [...] [; then,] a national of another Member State intending to pursue that activity must in principle comply with them. [...] It follows, however, from the Court's case-law that national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfil four conditions: they must be applied in a non-discriminatory manner; they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it".¹⁶ In short, the restrictions must pass a test of proportionality.

This judgment and those subsequent of the same type¹⁷ show a tendency, with regard to the identification of restrictive measures incompatible with the Treaties, to standardise the rules for establishment to those for services, with respect to which is considered incompatible any measures which, although not discriminatory, nevertheless makes less attractive the exercise of the freedom for foreigners. This case-law seems to have promoted the unification of rules for the Union's different fundamental freedoms, which have overcome, with the extension of the *Cassis de Dijon* formula, the criteria of discrimination and national treatment.¹⁸

Also interesting is the *Wouters* case,¹⁹ when the principle of proportionality was used to test the compatibility of a national measure with the freedom to provide services, freedom of establishment and rules of competition. The Dutch judge submitted to the ECJ certain preliminary questions to ascertain whether the prohibition established by the Nederland Bar against the creation of integrated legal and accounting firms was compatible with EU law. The ECJ proceeded to a careful balancing between the principles of competition and the market on one side, and the objectives which were the basis for the adoption of the Dutch law (protection of a sufficient degree of competition in the market for legal services,

¹⁶ *Gebhard*, n. 15 *supra*, paras 34–37.

¹⁷ Case C-255/97, *Pfeiffer Grosshandel*, 1999, *Reports* p. I-2835; Case C-424/97, *Haim*, 2000, *Reports* p. I-5123; Case C-108/96, *Mac Quen and others*, 2001, *Reports* p. I-837; Case C-169/07, *Hartlauer*, 2009, *Reports* p. I-1721 et seq., para 44 et seq.; Case C-531/06, *Commission v. Italy* (pharmacies), 2009, *Reports* p. I-4103 et seq. para 49. The approach started with the judgment in Case C-19/92, *Kraus*, 1993, *Reports* p. I-1663 et seq., in which the possibility for a German citizen to use, in his own State, a postgraduate title gained in another Member State, was discussed. On that occasion, the Court indeed confirmed that Article 43 was contrary to any national measure relating to the conditions of use of a higher university title acquired in another Member State, which, though applicable without any distinction based on nationality, is likely to obstruct or render more difficult for the European citizen the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty. That is allowed only where the national measure in question pursues a purpose worthy of protection and is justified on grounds of public interest.

¹⁸ On this paragraph, see Tesauro 2010, p. 547 et seq., and p. 596 et seq.

¹⁹ Case C-309/99, 2002, *Reports* p. I-1577 et seq.

organization of the profession, qualification, ethics, control and professional liability) on the other, affirming that the restrictive effects on competition deriving from the national measure did not exceed what is necessary in order to ensure the proper practice of the legal profession, and that the Dutch regulations could be considered “*reasonably necessary*” to ensure such proper practice of the profession.²⁰

Once again the reference to reasonableness is not autonomous, but at the most may constitute a support for the judge, within the test of proportionality, in measuring the fairness of the measure with respect to its objective. In conclusion, in my opinion, it may be “reasonably” excluded that a Community version of the rule of reason has been formulated in the context of the exceptions to the prohibition of obstacles to exchanges of goods, persons and services allowed to Member States. Briefly, the *Cassis de Dijon* formula cannot correspond to the rule of reason or to a principle or criterion of reasonableness.

4 Reasonableness or Proportionality?

More generally, reasonableness often ends up being absorbed by the ECJ within the proportionality test even beyond the cases involving State measures derogating from the freedom of movement of goods, persons and services. This is particularly evident when the parties have expressly invoked reasonableness as a parameter of the legitimacy of the measure. For example, in a case relating to milk quotas, the ECJ was called upon to ascertain the validity of a regulation that was allegedly unsuitable for attaining the objectives of the Common Agricultural Policy. In case of express reference to both the principle of proportionality and the principle of reasonableness, the ECJ merely noted that the regulation “is not manifestly inappropriate for the purpose of pursuing the objective of stabilising markets” and that “in the light of the principle of proportionality has not disclosed any factor which might affect the validity of that regulation”.²¹ There was no reference by the Court, even minimal, to the principle of reasonableness expressly pleaded by the party.

Furthermore, in a case related to the framework Directive on universal services, which allowed Member States to impose “reasonable obligations of transmission for specific channels and radio and television services” only where “they may be necessary to satisfy precise objectives of general interest and are proportionate and transparent”, the ECJ was called upon to examine the German legislation’s compliance with the Directive, “in particular concerning the proportionality and reasonableness of such an obligation”.²² The ECJ replied exclusively on the issue

²⁰ *Wouters*, n. 19 *supra*, paras 73 et seq., in particular 107 and 110.

²¹ Case C-34/08 *Azienda Disarò c. Milka*, 2009 *Reports* p. I-4023 seq., paras 82–83.

²² Case C-336/07 *Kabel Deutschland*, 2008, *Reports* p. I-10889 et seq., para 18.

of proportionality²³—clarifying that the “universal services” Directive does not establish a right for a cable operator to choose which channels to broadcast, but limits that right to the extent that it exists under applicable national law.²⁴ And as regards the question of whether the economic consequences resulting from the obligations imposed by the national legislation on the cable operator are unreasonable, the ECJ stated that “it is for the national court to examine whether those consequences are such as to prevent the cable operator from fulfilling those obligations in acceptable economic circumstances, in the light, where appropriate, of its activities”.²⁵

Another important case concerned a prohibition of the diffusion of advertising messages relating to a product originating from a bankruptcy, even though the product itself was no longer part of the bankruptcy assets.²⁶ The claim was that the national laws (in this case, Austrian) violated not only the prohibition of measures having equivalent effect established by the Treaty, but also the fundamental right to freedom of expression enshrined in Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and therefore a general principle whose observance is guaranteed by the ECJ. The Court first noted, referring to consolidated case-law of the Court of Human Rights in Strasbourg, that freedom of expression as guaranteed by the ECHR, and thus by Community law, “is also subject to certain limitations justified by objectives in the public interest, in so far as those derogations are in accordance with the law, motivated by one or more of the legitimate aims under that provision and necessary in a democratic society, that is to say justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued”.²⁷ Then the ECJ added, recalling its own similarly consistent case-law, that when the exercise of freedom of expression “does not contribute to a discussion of public interest, [...] review is limited to an examination of the reasonableness and proportionality of the interference”.²⁸ The conclusion, on the facts, was that the national measure was “reasonable and proportionate in the light of the legitimate goals pursued by that provision, namely consumer protection and fair trading”.²⁹

We are clearly before the *Cassis de Dijon* formula, used as an exception to the free movement of goods and at the same time to the fundamental right of freedom of expression. Reasonableness is therefore once again included in the test of proportionality, and, moreover, in its classical formulation in accordance to which reasonableness clearly has only marginal impact.

Similarly, in the evaluation of compliance, reasonableness sometimes appears to be confused with the duty of faithful co-operation pursuant to, and for the purposes

²³ Case *Kabel Deutschland*, n. 22 *supra*, para 28.

²⁴ Case *Kabel Deutschland*, n. 22 *supra*, para 52.

²⁵ Case *Kabel Deutschland*, n. 22 *supra*, para 55.

²⁶ Case C-71/02 *Karner*, 2004, *Reports* pp. I-3025 et seq.

²⁷ Case *Karner*, *supra*, n. 26 para 50.

²⁸ Case *Karner*, *supra*, n. 26 para 51.

²⁹ Case *Karner*, *supra*, n. 26 para 52.

of, Article 10 TEC, now Article 4(3) TEU. Thus, in a case involving an extension of the concession of the gas distribution service, the ECJ was requested to rule on whether such an extension would have been contrary to Article 10 of the Treaty and to the principles of reasonableness and proportionality”.³⁰ However, the Court, already in summarizing the parties’ arguments, referred exclusively to the principle of proportionality as a parameter of legitimacy, and not also to that of reasonableness, clearly taking for granted the “absorption” of the second into the first.³¹

On the subject of verifying the validity of Community acts, in *Givane*, the ECJ was called upon to interpret the Regulation on the right of workers to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State, in the context of an application for a permit to stay indefinitely submitted to the United Kingdom Government by the relatives—Indian nationals—of a Portuguese worker. The worker had died in the United Kingdom after having been employed there.³² The British administration required an uninterrupted residence in the country of at least 2 years immediately before the death, but the appellants argued that two uninterrupted years in any period prior to the death were sufficient, even though any period of interruption due to absence from the country could have been limited by criteria of reasonableness and proportionality. The ECJ based its reply on two elements: the letter of the Regulation and the objective it sought, and the Treaty rules on the free movement of workers,³³ without making any mention of reasonableness or of proportionality. To sum up, its attention was devoted to a textual, albeit teleological, interpretation of the relevant rules, nothing more and nothing less.

The *Zaninotto* case is also significant. An Italian wine grower complained that the Community regulation on the distillation of table wine had, as its point of reference, the entire State, and did not consider the specific nature of local areas or regions with respect to wine production.³⁴ The ECJ replied that in a Community consisting of Member States “it is clearly reasonable to take the territory of those Member States as a point of reference for administrative purposes”, “provided that such a decision was not manifestly unsuited to the structures of the Member State

³⁰ Case C-347/06 *ASM Brescia*, 2008 *Reports* p. I-5641 et seq., para 20, no. 3.

³¹ *ASM Brescia*, n. 30 *supra*, para 31.

³² Case C-257/00 *Givane*, 2003, *Reports* p. I-345 et seq.; the regulation to be interpreted was Regulation 1251/70, substituted by Reg. 635/2006 of the Commission of 2 April 2006, OJ L 112, of 26 April 2006, p. 9.

³³ *Givane*, n. 32 *supra*, paras 44 et seq.: “The interpretation by which the period of two years must have immediately preceded the worker’s death is also compatible with the objectives of Article 48 of the EC Treaty and of Regulation No. 1251/70.[...] That condition is intended to establish a significant connection between, on the one hand, that Member State, and on the other hand, that worker and his family, and to ensure a certain level of their integration in the society of that State. The existence of a significant connection between the host Member State and the worker concerned could not be ensured if the right of residence in the territory of a Member State provided for by the first indent of Article 3(2) of Regulation No. 1251/70 were to be acquired as soon as a worker had resided for at least two years in that State spent at some stage of his life, even in the distant past”.

³⁴ Case C-375/96 *Zaninotto*, 1998, *Reports* p. I-6629 et seq.

in question”.³⁵ In commentaries, it has been contended that the judgment had construed reasonableness as a parameter of legitimacy of Community acts, at least in the sense that it would be more difficult to oppose, on grounds of illegitimacy, an act which was *prima facie* reasonable.³⁶ It should be noted that in a subsequent decision which expressly confirmed *Zaninotto*, the Court, repeatedly requested by the national court to decide expressly upon the “principle of reasonableness”, did not mention the subject at all. Therefore, the ECJ’s demonstrated once again its scarce propensity to subscribe to the position of the parties on this point, and, consequently, the possibility of measuring the validity of a Community act by reference to reasonableness as an autonomous parameter.³⁷

The same could be said of the *Monsanto* case, concerning alleged unlawfulness of a Regulation on new food products, which allowed—subject to a simplified procedure of a simple notice to the Commission—the commercialisation of food products based on, but which no longer contain, genetically modified organisms, when they became substantially equivalent to usual food of the same type.³⁸ Should the Court have interpreted the Regulation as allowing resort to the simplified procedure despite the presence of transgenic protein residues in the new food products, the referring judge (the Regional Administrative Tribunal of the Region of Lazio) raised doubts as to the Regulation’s lawfulness with reference, beyond Articles 15 (consumer protection, now Article 169 TFEU) and 174 (environment, now Article 191 TFEU), to the precautionary principle, proportionality and reasonableness.³⁹ Once again, however, the Court only refers to the parameters of precautionary and proportionality principles, avoiding reference to reasonableness even though expressly cited by the referring judge.⁴⁰ Likewise, the Court concluded that “the simplified procedure must be considered to be compatible with the principle of proportionality”.⁴¹

5 Reasonableness and EU Citizenship

Reasonableness has been invoked several times in relation to the free movement of persons, in particular in relation to citizenship and the right of residence, including third-country nationals. In reality, reasonableness is often used in vague terms,

³⁵ *Zaninotto*, n. 34 *supra*, paras 72–73.

³⁶ Adinolfi 2009, pp. 383 et seq., p. 389.

³⁷ Case C-155/99 *Busoilin*, 2000, *Reports* p. I-9037 et seq.

³⁸ Case C-236/01 *Monsanto*, 2003, *Reports* pp. I-8105 et seq. The dispute concerned Regulation (EC) of the Parliament and the Council of 27 January 1997, No. 258, concerning novel food products and novel food ingredients, OJ L 43, p. 1 et seq.

³⁹ *Monsanto*, n. 38 *supra*, para 48, n. 4.

⁴⁰ *Monsanto*, n. 38 *supra*, para 115.

⁴¹ *Monsanto*, n. 38 *supra*, para 138.

which do not offer many possibilities to build a true principle, suitable to be used as a parameter of legitimacy.

Sometimes, generic use of adjectives such as “reasonable” or “unreasonable” is made. For example, the ECJ, in considering the obligations of solidarity, including financial solidarity of the Member States in the organisation and implementation of the social security system,⁴² also highlighted that it is appropriate for “each Member State to ensure that the grant of assistance to cover the maintenance costs of students from other Member States does not become an unreasonable burden which could have consequences for the overall level of assistance which may be granted by that State”.⁴³ It seems to be a classic test of proportionality with respect to the deviation from the principle of equality, in the sense that discriminatory treatment may be justified only if it is based on objective grounds regardless of the nationality of the persons concerned and is proportionate to the lawful aim of the national provisions.⁴⁴ It is a test which, clearly, has to be used with reasonableness by courts, but we are not in the context of reasonableness as an autonomous parameter of legitimacy.

In *El Dridi*,⁴⁵ on a very current topic—the return of irregular third-country nationals—and which for that reason received media attention, the ECJ mentioned reasonableness several times. First of all, Directive 2008/115 establishes general rules and procedures to be applied in the Member States for return of illegally staying third-country nationals, having regard to fundamental rights as general principles of EU law and international law. After providing for non-coercive procedures, the Directive envisages, as a final resort, coercive measures to carry out the expulsion of a third-country national who resists the removal, measures that must nevertheless be proportionate and not excessive in the reasonable use of force, and in any case respectful of the dignity and physical integrity of the person (Article 8(4)). In the text that immediately follows, the Directive warns that, where it appears that there is no longer any reasonable prospect of expulsion on legal grounds, or that the conditions (established) no longer exist (Article 15(4)), detention is no longer justified and the person must be released. There is, again, reference to reasonable efforts to not delay the expulsion procedure (Article 15(6)).

The Court of Appeal of Trento made a reference for a preliminary ruling to the ECJ, asking whether the detention of a third-country national with no lawful right to stay and the possibility that the person could be punished with a term of imprisonment of up to 4 years, was contrary to the principles of adequacy, proportionality and reasonableness of punishment. The Court once again replied specifically on the point of proportionality and effectiveness of the measure, but

⁴² Case C-184/99 *Grzelczyk*, 2001, *Reports* p. I-6193, para 44.

⁴³ Case C-109/03 *Bidar*, 2005, *Reports* p. I-2119, para 56.

⁴⁴ *V., inter alia, Bidar*, n. 43 *supra*, para 54; Case C-406/04 *De Cuyper*, 2006 *Reports* p. I-6947, paras 41 et seq.

⁴⁵ Case C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*, 2011. On this issue, see the earlier case of *Kadzoev*, Case C-357/09 PPU, 2009, *Reports* p. 11189 seq.

without any answer to the request for examination of compatibility with the principle of reasonableness. In particular, the Community judge noted that, although the Treaty (Article 79(2)(c) TFEU) does not exclude Member States' criminal powers concerning irregular stays, domestic legislation must respect EU law.⁴⁶ According to the ECJ, the Member States may not apply a law, even a criminal law, that is likely to compromise the attainment of the objectives pursued by a Directive, thus depriving it of its useful effect, a directive that, in this case, expressly subordinated the use of coercive measures to observance of principles of proportionality and effectiveness as far as the means used and the objectives pursued were concerned.

6 Competition Law: Rule of Reason or Something Else?

We now come to the topic of competition. It is well known that the rule of reason was developed in the United States to mitigate the excessive rigidity of the prohibition on anti-competitive agreements imposed by the Sherman Act.⁴⁷ In particular, the rule was applied in the famous *Standard Oil* case, which confirmed that monopolistic power was not unlawful as such, but only insofar as exercised unreasonably.⁴⁸ The rule has a dual meaning: one relating to those restrictions which are only accessory to the purpose of the contract, the other relating to the balancing of competitive and anti-competitive effects. As the conflict between the *per se* rule and the rule of reason raised too many discussions in the United States itself,⁴⁹ a formula was found to avoid the occurrence of the same conflict in relation to EEC Treaty's provisions on the protection of competition. The text of Article 85 (later 81, and now 101 of the TFEU) has been drafted precisely so that the same article disciplines both the prohibition and the exception. Article 101(1) forbids agreements which restrict competition, while 101(3) allows the exclusion from prohibition of certain types of agreements which may thus be the object of an exemption.

⁴⁶ *Hassen El Dridi*, n. 45 *supra*, para 54.

⁴⁷ "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nation, is declared to be illegal": thus recites Section 1 of the Sherman Antitrust Act of 1890. On the subject, see Joliet 1967; Kovar 1987; Whish and Sufrin 1987, p. 2 et seq.; Di Via 1996; Bastianon 2011, pp. 146 et seq.

⁴⁸ In the *Standard Oil of New Jersey v. US* (221 U.S. 1911, p. 66), Judge White declared that the method for establishing whether a restrictive agreement fell within the prohibition imposed by the Sherman Act was that of applying a standard of reasonableness, with the consequence that only unreasonable agreements were unlawful.

⁴⁹ Actually, the often uncertain and criticised application of the rule of reason in antitrust proceedings in the United States has been widely discussed, not only in the perennial debate between the Chicago and Harvard schools, the latter being more rigid and tending towards a wide use of the *per se* rule, but also due to the fact that the majority of the decisions in the United States system are made by a judge.

The solution just cited does not mean that the prohibition of anti-competitive agreements laid down in the Community system creates an automatic effect similar to the United States *per se* rule. Nor may one properly transfer into the Community legal context the United States rule of reason, or in any case, a substantially equivalent criterion of reasonableness. Indeed, one cannot consider as an application of the rule of reason the normal economic evaluation of the context of the undertaking's conduct and of the effects produced on the relevant market.⁵⁰ The formula of Article 101(1) TFEU is not so different from that originally stated in the Sherman Act, and could well have been submitted to a rigid interpretation, leaving only to sub-para 3 the function of rendering the prohibition more flexible. That did not happen, as, from the very first cases, the ECJ normally requested, even within Article 85(1), an economic analysis of the relevant circumstances. The same applies in relation to distribution contracts, a subject contiguous and complementary to that of the obstacles to the exchange of goods, where, especially in the first two decades of the Community experience, it was necessary to ensure that the protectionist state public measures restricting trade, once eliminated by the Treaty rules on freedom of goods exchanges, do not fall back into the system through the vertical distribution agreements between undertakings. In one of the first judgments of the 1960s, for example, the Court denied that an exclusive distribution contract for an entire Member State would be "automatically" contrary to Article 85(1) of the Treaty (now, Article 101(1) TFEU), but, on the other hand, stated that it could fall short of it on the basis of the situation of fact or the rigidity of exclusivity clauses.⁵¹ On the same occasion, the Court, after having given significant emphasis to the alternative between the object and the effects of the anti-competitive agreement, noted the need to examine the economic circumstances to which Article 85(1) was to be applied, observing in particular that "it is necessary to consider how, in the absence of the agreement in question, competition would have operated in this sector of the market".⁵²

The policy described above has not changed, as neither the Commission nor the Court has ever "automatically" applied the prohibition set forth in Article 101(1)

⁵⁰ See, for example, *D'Attorre* 2004, p. 80 et seq.

⁵¹ Case 56/65 *Soc. Technique Minière v. Maschinenbau*, 1966, *Reports* p. 262 seq. For confirmation only a few days apart from that, see the renowned *Consten v. Grundig* case, Case 56/64, 1966 *Reports* p. 458 seq.

⁵² *Soc. Technique Minière*, *supra*, p. 281 et seq.: "it may be doubted whether there is an interference with competition if the said agreement seems really necessary for the penetration of a new area by an undertaking. Therefore, in order to decide whether an agreement containing a clause "granting an exclusive right of sale" is to be considered as prohibited by reason of its object or its effect, it is appropriate to take into account in particular the nature and quantity, limited or otherwise, of the products covered by the agreement, the position and importance of the grantor and the concessionaire on the market for the products concerned, the isolated nature of the disputed agreement, alternatively, its position in a series of agreements, the severity of the clauses intended to protect the exclusive dealership or, alternatively, the opportunities allowed for other commercial competitors in the same products by way of parallel re-exportation and importation".

TFEU. On the contrary, they even went so far as to consider different elements from those strictly connected with the competition situation of the relevant market.⁵³ The more rigorous approach, expressed on some occasions, was due to the need for the freedom of movement of goods, and thus to the integration of markets. Moreover, even such rigidity was progressively reduced to the point of determining the exemption for certain category of vertical agreements.⁵⁴ However, such a policy, rather than as an unlikely and implicit application of a criterion of reasonableness, should be more correctly framed in the context of a need for evaluation of the economic situation in which the agreements are formed and, if need be, the effects that they produce on the market. These requirements appear today to be subject to even greater attention, given the modernising reform introduced in 2003.⁵⁵ It hardly needs to be stressed that the economic evaluation responds to rigorously scientific and precise criteria, and is therefore very different from reasonableness. Nor can this policy of the General Court be considered as contradicted by the ECJ's *Wouters* judgment mentioned above, where within the evaluation pursuant to Article 101(1) TFEU were identified both a restriction of competition and certain positive effects of the exercise of legal profession, thus introducing an element of the agreement which is beyond the conditions set forth in Article 101(3).⁵⁶

The foregoing considerations explain why ECJ case-law has expressly excluded the relevance of the rule of reason in the evaluation of agreements. For example, in *Metropole TV M6*, the applicants pleaded that the Community principle of

⁵³ See e.g. Case C-309/99 *Wouters*, 2002, *Reports* p. I-1577 et seq., para 97, where the Court confirmed that, for the purposes of the application of Article 85(1) of the Treaty, one needed first to take account of the “overall context in which the decision of the association of undertakings was taken or produces its effects. More particularly, account must be taken of its objectives, which are here connected with the need to make rules relating to organisation, qualifications, professional ethics, supervision and liability, in order to ensure that the ultimate consumers of legal services and the sound administration of justice are provided with the necessary guarantees in relation to integrity and experience. [...] It has then to be considered whether the consequential effects restrictive of competition are inherent in the pursuit of such objectives.” See also, on this point, the Opinion of Advocate General Léger.

⁵⁴ See, finally, Regulation No. 330 of the Commission of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) TFEU relating to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102 of 23 April 2010, which replaced the 1999 Regulation; and similarly the Guidelines on the applicability of Article 101 TFEU to horizontal co-operation agreements, Communication from the Commission, OJ C 11 of 14 January 2011.

⁵⁵ Regulation 1/2003 of the Council of 16 December 2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (now Articles 101 and 102 TFEU), OJ L 1 of 4 January 2003.

⁵⁶ See on this point, Case T-49/02 *Brasserie Nationale*, 2005, *Reports* p. II-3033, para 85: “The reference made by *Brasserie Nationale* to *Cassis de Dijon* and *Wouters and Others* must be rejected. Once it has been established that the object of an agreement constitutes, by its very nature, a restriction of competition, such as a sharing of clientele, that agreement cannot, by applying a rule of reason, be exempted from the requirements of Article 81(1) EC, by virtue of the fact that it also pursued other objectives, such as those at issue in those judgments”.

reasonableness requires, for the purposes of application of Article 85(1), now 101(1), a weighing of the effects for and against competition of the agreement in order to determine whether or not it fell within the scope of the rule.⁵⁷ The Court of First Instance (now General Court) replied that “contrary to the applicants’ assertions the existence of such a rule has not, as such, been confirmed by the Community courts. Quite to the contrary, in various judgments the Court of Justice and the Court of First Instance have been at pains to indicate that the existence of a rule of reason in Community competition law is doubtful”.⁵⁸ The General Court explained that “an interpretation of Article 85(1) of the Treaty, in the form suggested by the applicants, is difficult to reconcile with the rules prescribed by that provision. Article 85 of the Treaty expressly provides, in its third paragraph, for the possibility of exempting agreements that restrict competition where they satisfy a number of conditions [...]. It is only in the precise framework of that provision that the pro and anti-competitive aspects of a restriction may be weighed”.⁵⁹ It concluded that the less rigid interpretation of the prohibition of anti-competitive agreements laid down by the Community judges “cannot, however, be interpreted as establishing the existence of a rule of reason in Community competition law”.⁶⁰ Subsequently, the Community judges confirmed that in the analysis of the agreement in relation to the Article 85(1) prohibition it is necessary to consider how competition would have operated in the absence of the agreement itself; and stated that such an analysis does not resolve into a balancing scale of the effects pro and anti-competition, nor “applying a rule of reason, which the Community judicature has not deemed to have its place under Article 85(1) EC”.⁶¹

⁵⁷ Case T-112/99 *Métropole TV M6*, 2001, *Reports* p. II-2459 et seq.

⁵⁸ *Métropole TV 6*, n. 57 *supra*, para 72.

⁵⁹ *Métropole TV 6*, n. 57 *supra*, paras 73 e 74.

⁶⁰ *Métropole TV 6*, n. 57 *supra*, para 76. Already in the *Montecatini* case, both the General Court and, on appeal, the Court of Justice had expressed doubts as to the existence of a rule of reason in Community competition law: Case T-14/89 *Montecatini v. Commission*, 1992, *Reports* p. II-1155, para 265 (“Furthermore, the manifest nature of the violation of Article 85(1) EEC must be stressed and, in particular, subsections(a), (b) and (c) of the same in any case block the application of a “rule of reason”, if one concedes that a rule of this type may find application in Community competition law, since it ought in such case to be considered a breach “*per se*” of competition rules”; Case C-235/92 P *Montecatini v. Commission*, 1999, *Reports* p. I-4539 et seq., para 133 (“even if the “rule of reason” did have a place in the context of Article 85(1) of the Treaty, in no event may it exclude application of that provision in the case of a restrictive arrangement involving producers accounting for almost all the Community market and concerning price targets, production limits and sharing out of the market. The Court of First Instance did not therefore commit an error of law when it considered that the clear nature of the infringement in any event precluded the application of the “rule of reason”).

⁶¹ Case T-328/03, *O2 Germany*, 2006, *Reports* p. II-1231, para 69.

7 Reasonableness and the Time of Public Hearing

Reasonableness seems to have been taking an independent role in relation to the duration of trial and of administrative procedures. On many occasions the Court has applied a criterion of reasonableness for time limits.⁶² Furthermore, the attention of Community judges has been associated with the related provisions enshrined in the European Charter of Fundamental Rights, the so-called Nice Charter, and, above all, in the ECHR, on which there is also a consistent case-law that has been invoked by the ECJ. For example, the General Court noted that the reasonableness of the time limit envisaged for bringing an action for damages represents an aspect of the principle of proper conduct of the public administration and that the evaluation of the reasonable character of the time limit has to take into account the particular circumstances of each case, the importance of the dispute for the person concerned, the complexity of the case and the conduct of the parties involved.⁶³ In a case of public employment, the Court expounded its own position, affirming that everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time, by an independent and impartial court established by law.⁶⁴

In *Imperial Chemical Industries*, the principle of reasonableness of the time limits for the procedure was proposed as a ground for annulling the Commission's decision.⁶⁵ The General Court confirmed that in competition matters such a principle must be respected in administrative proceedings before the Commission which may lead to the adoption of a pecuniary sanction, as well as in the subsequent judicial proceedings (para 99). The General Court clarified, moreover, that the violation of the principle of reasonableness of time period would lead to the annulment of the act, and not to a mere pecuniary sanction, in so far as it also constituted an infringement of the right of defence of the undertakings concerned (para 109). It further added that the reasonableness of the time period was to be

⁶² With the specific clarification that “[c]ompliance with the reasonable time requirement in the conduct of administrative procedures relating to competition policy constitutes a general principle of Community law whose observance the Community judiciary ensures”, Case C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Commission*, 2006, *Reports* p. I-8725 et seq., para 35; see Also Case C-282/95 P *Guérin automobiles v. Commission*, 1997, *Reports* p. I-1503, paras 36 and 37, and Case C-238/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v. Commission (PVC II)*, 2002, *Reports* pp. I-8375 et seq., paras 171 e 179).

⁶³ Case T-144/02 *Eagle v. Commission*, 2004, *Reports* p. II-3381 et seq., paras 57 et seq.

⁶⁴ Case C-270/99 P, *Z. v. European Parliament*, of 27 November 2001, *Reports* p. I-9197, para 23. The Court further clarified that “it is clear from the case-law of both the Court of Justice and the European Court of Human Rights that the reasonableness of the length of proceedings is to be determined in the light of the circumstances specific to each case and, in particular, the importance of the case for the person concerned, its complexity and the conduct of the applicant and of the competent authorities” (para 24). See also the case-law of the Court of Strasbourg cited there, as well as Case C-185/95 P, *Baustahlgewebe v. Commission*, 1998, *Reports* p. I-8417, para 21.

⁶⁵ Case T-66/01 *Imperial Chemical Industries*, 2010, *Reports* p. II-2631 et seq.

evaluated in the light of the specific circumstances of the case and, in particular, “of the importance of the case for the person concerned, its complexity and the conduct of the applicant” (para 114).⁶⁶

On a more recent occasion, the General Court, in addition to confirming that the observance of a reasonable time period in administrative proceedings in competition matters “constitutes a principle of good government”, has also repeated that failure to comply justifies annulment of the act only where it may have entailed a violation of rights of defence, and may be invoked as a ground of prejudice before the European Union judge.⁶⁷

8 Some Conclusions

What has been drawn here is a brief sketch of the ECJ and General Court case-law in which the principle of reasonableness, or, more simply, reasonableness, has been invoked or used.

In the EU system, whose characteristics lead inevitably to give priority to the interpretation canons focussed on coherence of the law and its application with the aims pursued by the Treaty and the EU legislature, the test of proportionality necessarily becomes a constant element as a test of legitimacy of norms to be performed by the Court. The principle of proportionality is indeed recognised as a general principle of Union law by virtue of which the legitimacy of an act imposing obligations or prohibitions, or leaving a margin of discretion for derogation, may be tested. The act must be necessary and appropriate for the attainment of legitimately pursued objectives and the least restrictive so that the burdens imposed are not disproportionate in relation to such objectives.⁶⁸ This is evidently a method of placing a limit on the operation of the system, of the whole EU legal system, in accordance with those “imperative requirements linked to general interests” *aut similia* which are so often repeated in the practice.

The test is applied to the internal qualities of the rules—adequacy and consistency in relation to the purpose of the law itself—and is precisely the reason why proportionality can be considered as a principle of EU law, or at least as an independent element on which the legitimacy of measures, laws or acts may be assessed. As far as reasonableness is linked with those qualities of the rule, its lack

⁶⁶ See also Case C-583/08 P, *Gogos*, 2010, *Reports* p. I-4469.

⁶⁷ Case T-579/08 *Eridania Sadam v. Commission*, 20 October 2011, not yet published in *Reports*, paras 79 et seq. See also, on the subject of leave from work and the reasonable period for carrying it over to the next leave year, Case C-214/10 *KHS v. Schulte*, 22 November 2011, not yet published in *Reports*, paras 35 and 43 (“...it may reasonably be considered that a period of 15 months for carrying over the right to paid annual leave [for fifteen months] ...is not contrary to the purpose of that right”).

⁶⁸ Case 265/87 *Schröder*, 1989, *Reports* p. 2237, para 21; Case C.96-97/03 *Tempelman and Van Schaijk*, 2005, *Reports* p. 1895, para 47.

of independence is easily distinguished, independence being identified with consistence and adequacy, i.e. proportionality, of the rule in relation to its purpose.

When reasonableness is sought outside the rule, then one may find autonomy, but one risks entering a different sphere: the reasonableness of the judge's reasoning, which is something else, as it is devoid of the objective legal basis that may be found only inside the rule. In that case, reasonableness is fatally exposed to the risk of a purely subjective value.

References

- Adinolfi A (2009) The principle of reasonableness in European Union law. In: Bongiovanni G, Sartor G, Valentini C (eds) Reasonableness and law. Springer, Dordrecht, pp 383–404
- Bastianon S (2011) Diritto Antitrust dell'Unione europea. Giuffrè, Milan
- Corten O (1997) L'utilisation du "raisonnable" par le juge international. Bruylant, Brussels
- D'Attorre G (2004) Una "ragionevole" concorrenza: il ruolo della "rule of reason" dopo la riforma del diritto antitrust comunitario. *Giurisprudenza Commerciale* 31:80–111
- Di Via L (1996) Alcune riflessioni sulla Rule of Reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza. *Mercato Concorrenza Regole*:289–326
- Joliet R (1967) The rule of reason in antitrust law. Martinus Nijhoff, The Hague
- Kovar R (1987) Le droit communautaire et la règle de raison. *Revue trimestrielle de droit européen*:237–254
- Picod F (2011) La jurisprudence Keck et Mithouard a-t-elle un avenir? In: Azoulai L (ed) L'entrave dans le droit du marché intérieur. Bruylant, Bruxelles, pp 47–73
- Rossi LS, Curzon SJ (2008) What rule of reason for the EU internal market? *Studi sull'integrazione europea* III:295–309
- Salmon J (1982) Le concept de raisonnable en droit international public. In: *Mélanges offertes à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*. Pédone, Paris
- Schrauwen A (2005) Defence of public interest: the rule of reason. In: Schrauwen A (ed) The rule of reason, rethinking another classic of European legal doctrine. Europa Law, Groningen, pp 3–17
- Tesauro G (2010) Diritto dell'Unione europea. CEDAM, Padova
- Whish R, Sufrin B (1987) Art. 85 and the rule of reason. *Yearb Eur Law* 7:1–38

Principes d'attribution, de subsidiarité et d'identité nationale des Etats membres

Mireille Delmas-Marty

Résumé Le regroupement des trois principes semble s'imposer pour tenter de rationaliser les processus d'intégration européenne sous le contrôle des juges européens. Ce contrôle, qui doit permettre d'assurer une cohérence au niveau européen tout en préservant la cohérence nationale, est difficile car il s'inscrit dans une histoire discontinue, qui va de l'époque des pionniers au retour des Etats, puis au temps des contradictions (entre le frein souverainiste et l'accélérateur sécuritaire). Mais ce contrôle doit rester prééminent, afin que l'espace de sécurité reste aussi un espace de liberté et de justice.

A la lecture des traités actuellement en vigueur, le regroupement des trois principes semble s'imposer pour tenter de rationaliser les processus d'intégration européenne.

L'article 5§1 TUE marque en effet une complémentarité entre le principe d'attribution qui, depuis les traités fondateurs régit « la délimitation des compétences de l'Union » et le principe de subsidiarité (apparu dans l'Acte unique européen, puis consacré par le TUE) qui, associé à celui de proportionnalité, permet de régir « l'exercice de ces compétences ». Dans la version issue du traité de Lisbonne, le § 2 précise encore : « En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ».

Professeur au Collège de France, membre de l'Institut.

M. Delmas-Marty (✉)
Collège de France, Paris, France
e-mail: m.delmasmarty@gmail.com

Quant au principe d'identité nationale, inscrit dès 1992 dans le traité de Maastricht, il est explicitement relié à l'article 5 par l'article 4§1 TUE et désormais précisé à travers les éléments spécifiés par le traité de Lisbonne (art. 4 §2 TUE) : « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

Mais la lecture des textes ne suffit pas pour comprendre la rationalité qui les sous-tend de façon parfois implicite, ce qui explique le rôle essentiel de la Cour de justice. Essentiel mais délicat car l'intégration européenne met directement en cause la souveraineté des États, de sorte que la raison juridique, étroitement liée à la raison politique, est évolutive et parfois contradictoire. Et c'est sans doute pourquoi l'histoire des trois principes ne ressemble guère au parcours d'un long fleuve tranquille, coulant vers une intégration progressive, mais évoque une histoire chaotique et discontinue, dans laquelle nous distinguerons trois phases : l'époque des pionniers, le retour des États, enfin le temps des contradictions.

1 L'époque des pionniers : une dynamique de l'intégration (1952–1992)

Cette première phase est caractérisée par une extension des compétences communautaires, résultant largement de la jurisprudence de la Cour de justice, car les premiers traités, y compris le traité de Rome, étaient peu explicites.

Soucieux de pragmatisme et de souplesse, les pionniers qui les avaient rédigés ne souhaitaient pas figer la dynamique communautaire. C'est pourquoi ils raisonnaient plus en termes d'objectifs communs que de compétences strictement délimitées. Le principe d'attribution sera conçu de façon souple. Selon l'art. 5 du traité CE, « La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées », mais cette compétence d'attribution est assouplie par la référence qui suit aux « objectifs qui lui sont assignés par le présent traité ». En introduisant la dynamique fonctionnelle des objectifs à atteindre, le traité CE ouvrait la voie d'une interprétation large de la compétence d'attribution.

D'autant que l'article 308 du traité CE (art. 352 TFUE) semble justifier une telle interprétation : « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ».

La pratique consacrant une utilisation extensive de l'article 308, la Cour va s'engager dans un effort de clarification, distinguant deux types de compétences qui deviendront l'archétype de l'ordre juridique européen : les compétences exclusives, pour lesquelles les Etats ont abandonné toute possibilité d'action, et les compétences partagées, pour lesquelles subsiste une concurrence.¹ Mais la ligne de partage restait incertaine et les compétences communautaires ont pu s'étendre selon plusieurs mécanismes, notamment celui des compétences implicites,² et celui de l'harmonisation des législations nationales tendant à l'achèvement du marché intérieur (art. 98, §1, TCE, art. 114 TFUE).

Même si la Cour se montre vigilante,³ le champ recouvert par les compétences communautaires deviendra très vaste, d'autant que l'extension graduelle du vote à la majorité qualifiée ne permet plus le blocage par les Etats minoritaires. C'est ainsi que de nombreux partenaires, agriculteurs, chasseurs, artisans et consommateurs, commencent à dénoncer la « furie réglementaire » de la commission,⁴ amorçant « un réel mouvement de décrue dans l'extension des compétences communautaires ».⁵ Ce mouvement passera notamment par une interprétation plus stricte de la Cour et par un nouvel usage de la subsidiarité.

Inscrite dans l'Acte unique européen, la subsidiarité, attachée au domaine des compétences partagées, sera insérée dans le traité CE. La question de la justiciabilité du principe de subsidiarité ayant été évoquée par le Parlement, en raison de son caractère politique, la Cour avait écarté l'objection dans sa Communication de décembre 1990 : « nonobstant la connotation largement politique de ce principe, l'examen par la Cour d'un tel moyen ne poserait pas à celle-ci des problèmes de caractère nouveau ». Renvoyant au principe, « peut-être de caractère plus modeste, qui, depuis longtemps est pris en compte comme élément d'interprétation pour la délimitation des compétences », à savoir le principe de proportionnalité, elle reconnaît « une large marge d'appréciation à l'institution en cause », mais se réserve « de contrôler le respect par celle-ci des limites extrêmes de ce pouvoir d'appréciation, notamment par sa censure de la mesure en cas d'erreur manifeste ». Par la suite, le contrôle de subsidiarité contribuera à la stabilisation du mouvement d'intégration européenne.

2 Le retour des Etats : la stabilisation (1992–2001)

Une fois le marché intérieur réalisé, s'amorce, face aux inquiétudes des Etats membres et de leurs collectivités territoriales, une phase de stabilisation au cours

¹ CJCE 16 févr 1978, *Comm c/ Irlande*, Rec. p. 417.

² CJCE 31 mars 1971, *AETER*, Rec. p. 263; Avis 26 avril 1977? Rec. p. 741.

³ CJCE 23 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, Rec. p. 1493.

⁴ *Le régime politique de l'Union européenne*, Presses de Sciences Po, 2003, p. 65.

⁵ Berramdane et Rosetto 2010, 282.

de laquelle les juges européens vont tenter de limiter l'intégration, au nom d'une interprétation stricte de la subsidiarité, mais au risque de neutraliser la signification dynamique de ce principe.

En effet la subsidiarité, d'abord mise en œuvre dans les systèmes fédéraux, ne se borne pas à répartir les compétences de façon purement formelle et statique. Il s'agit, comme le montrent les travaux sur l'origine du terme,⁶ et pour reprendre l'expression de Denys Simon, d'un « concept régulateur »⁷ conçu à la fois comme un justificatif de l'action communautaire et une limite à celle-ci. C'est dire que la subsidiarité fonctionne comme un variateur, portant vers plus d'intégration si les Etats membres n'atteignent pas les objectifs de l'Union, ou vers moins d'intégration dans le cas inverse. En réglant l'intensité de l'intégration normative un peu comme un rhéostat règle l'intensité lumineuse en fonction de la lumière ambiante, en l'adaptant de façon aussi continue que possible aux données observables, la subsidiarité implique une vérification permanente des actions envisagées par un acte législatif européen au regard des objectifs assignés à l'UE.

Mais la complexité d'un tel dispositif crée un risque de dénaturation : soit par une intégration excessive quand le législateur international, allant au-delà de sa compétence, ne respecte pas le principe de subsidiarité ; soit, à l'inverse, par une intégration insuffisante quand les autorités nationales procèdent, sous prétexte de transposer la norme en droit interne à une véritable renationalisation.

Axé principalement sur le risque d'une intégration excessive, le mouvement de stabilisation commence à partir du traité UE (1992). Même si le Préambule du traité affirme les Etats membres « résolus à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe », il précise que dans cette Union, « les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité », amorçant une phase de stabilisation caractérisée par une limitation des compétences communautaires. De plus, c'est dans le traité UE que sera énoncé le principe de l'identité nationale, qui, combiné à la subsidiarité, suggère de nouvelles limitations à l'intégration européenne. La Commission ralentit d'ailleurs le rythme de ses propositions (de 185 en 1990 à 51 en 1994 et 16 en 1997⁸) et la Cour de justice infléchit sa jurisprudence dans un sens plus protecteur des prérogatives étatiques,⁹ y compris dans l'interprétation de l'article 308 précité.¹⁰

Au lendemain du traité de Nice, il devient clair, avec la Déclaration de Laeken du 15 décembre 2001, que la défiance des Etats à l'égard de l'Union va devenir un véritable frein à l'intégration européenne. Et pourtant l'année 2001 est aussi l'année du tournant sécuritaire. L'Europe, marquée comme la plupart des

⁶ Carozza 2003.

⁷ Simon 1998.

⁸ Rapport de la Commission européenne sur le fonctionnement du traité UE, 1998, Annexe p. 87.

⁹ CJCE 24 nov 1993, *Keck et Mithouard*, Rec. I, p. 6097.

¹⁰ CJCE, Avis du 28 mars 1996 (adhésion à la CESDH); Avis 15 nov 1995 (ratification Accords de Marrakech créant l'OMC).

démocraties, par « l'effet 11 septembre », va renforcer l'intégration pénale dans des proportions sans précédent, mais au mépris de la subsidiarité.

Voici venu le temps des contradictions.

3 Le temps des contradictions (2001–2012)

La défiance des Etats à l'égard de l'Union sera explicitement formulée dans la Déclaration de Laeken. Malgré l'affirmation liminaire que « l'Union est un succès », la Déclaration exprime d'importantes réserves : « Le citoyen nourrit souvent à l'égard de l'Union européenne des attentes auxquelles elle ne répond pas toujours; à l'inverse, il a parfois l'impression que l'Union en fait trop dans des domaines où son intervention n'est pas toujours indispensable. Il faut donc rendre plus claire la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, la simplifier et l'ajuster à la lumière des nouveaux défis auxquels l'Union est confrontée. Pour ce faire, on peut aussi bien restituer certaines tâches aux États membres que confier de nouvelles missions à l'Union ou élargir les compétences actuelles ».

Ainsi apparaît la réversibilité du processus d'intégration européenne : « restituer certaines tâches aux Etats » est le reflet d'une logique de défiance. Une logique très présente dans le traité de Lisbonne, qui prévoit en effet la possibilité de « réduire » les compétences attribuées à l'Union dans les traités (art. 48 §2 TUE).

Reste le contrôle des juges européens. Certes la Cour refuse à plusieurs reprises de glisser vers un contrôle d'opportunité, mais elle effectuera cependant en 2002 un contrôle très circonstancié du principe de subsidiarité, dans le cadre de l'article 95 TCE (114 TFUE).¹¹ Quant au « Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité du traité de Lisbonne », il donne aux parlements un droit de saisir la Cour en cas de violation du principe de subsidiarité, mais il ajoute au contrôle juridictionnel un contrôle politique. Allongeant à huit semaines le délai pendant lequel les parlements nationaux peuvent étudier la conformité au principe de subsidiarité d'un projet d'acte législatif avant son inscription à l'ordre du jour du Conseil, il institue en outre un dispositif qui peut conduire à ne pas poursuivre l'examen d'un texte en cas d'avis motivé sur le non-respect du principe de subsidiarité (art.7§3, a et b). Cette innovation permet aux parlements nationaux de contribuer au blocage d'un acte législatif en préparation, en somme il institue « une sorte de quasi veto, que le projet de traité constitutionnel avait quant à lui écarté ». ¹² Une partie importante du contrôle de la subsidiarité risque de revenir désormais aux Etats.

Toutefois ce vigoureux coup de frein souverainiste semble contredit par le durcissement de la politique pénale déclenchée par les attentats de New York et la

¹¹ CJCE 10 déc 2002, *British American Tobacco Ltd*, Rec. I p. 11453.

¹² Berramdane et Rosetto 2010, 292.

riposte guerrière des Etats-Unis, véritable accélérateur de l'intégration dans le champ pénal. Entre le frein souverainiste inscrit dans les traités au nom d'une subsidiarité exaltée et l'accélérateur sécuritaire qui semble neutraliser le principe en matière pénale, le rôle des juges européens semble plus que jamais essentiel pour résoudre la contradiction apparente. C'est à eux qu'il revient de rappeler que le couple subsidiarité/proportionnalité s'impose en droit pénal plus encore qu'en tout autre matière, en raison du caractère *d'ultima ratio* de la norme pénale. Parfois analysée comme « subsidiarité du droit pénal », ¹³ la logique de *l'ultima ratio* devrait en tout cas renforcer la nécessité de contrôler le respect du couple subsidiarité/proportionnalité.

Ce rappel est d'autant plus nécessaire que, depuis 2001, l'Union européenne, prise d'une sorte de frénésie pénale, a investi le champ pénal. D'abord elle a multiplié les décisions-cadre, à commencer par celle sur le mandat d'arrêt européen, puis sur la lutte contre le terrorisme, la lutte contre la traite des êtres humains, ou contre les abus sexuels des enfants et la pédopornographie. Le relais sera ensuite assuré par des directives, dont le caractère pénal sera ouvertement affirmé par la Commission, et la légitimité admise par la Cour, d'abord en matière d'environnement. ¹⁴ Mais ce n'est que le début de la construction d'une Europe pénale : plusieurs décisions-cadre se transformeront en directives (traite des êtres humains, ou contre les abus sexuels des enfants et la pédopornographie), ou proposition de directive (délits financiers).

Comme le rappelle Michel van de Kerchove, ¹⁵ l'avocat général Ruiz-Jacobo Colomer ¹⁶ avait établi une distinction entre le pouvoir d'incrimination qualifié de « compétence instrumentaire au service du droit communautaire » et la sanction dont le choix revient aux Etats. Plus explicitement encore, selon l'avocat général Mazak, le raisonnement selon lequel l'adoption de mesures pénales serait nécessaire, peut être « postulé », sans réel examen critique du principe de subsidiarité : « il peut à mon avis être postulé que, aux yeux du législateur communautaire, l'adoption de mesures pénales est nécessaire pour une protection efficace de l'environnement contre les pollutions causées par les navires et que de telles mesures sont essentielles pour lutter contre les infractions graves en la matière ». ¹⁷

Mais la distinction entre incrimination et sanction est sans doute dépassée par la « communautarisation du 3^{ème} pilier et le fait que le traité de Lisbonne consacre la compétence de l'Union pour établir des règles minimales relatives à la définition tant des infractions pénales que des sanctions ». ¹⁸ La lecture de la Communication

¹³ van de Kerchove 2012.

¹⁴ CJCE 13 sept 2005, *Commission c/ and Conseil*, aff. c-176/03, Rec. p. 7879.

¹⁵ van de Kerchove 2012.

¹⁶ CJCE 26 mai 2005, *Commission c/ and Conseil*, aff. c-176/03, Conclusions de l'Avocat général D. Damaso Ruiz-Jacobo Colomer, point 84.

¹⁷ CJCE 26 mai 2005, *Commission c/ and Conseil*, aff. c-176/03, point 84, Conclusions de l'Avocat général M. Jan Mazak, 28 juin 2007, *Commission c/ and Conseil*, aff. 440/05, point 102.

¹⁸ van de Kerchove 2012.

de la Commission du 20 sept 2011 semble le confirmer. Intitulée « Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal » la Communication affiche largement la fonction utilitaire du droit pénal. N'hésitant pas à mentionner des sondages plaçant la lutte contre la criminalité parmi les objectifs prioritaires,¹⁹ la Commission semble oublier que la fonction rétributive du droit pénal (proportionnalité par rapport à la gravité de la faute, l'ampleur du dommage et la nature des intérêts protégés) doit être combinée à la fonction utilitaire, comme le souligne l'adage célèbre « pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile ».

C'est pourquoi le contrôle de subsidiarité implique le recours à tout un ensemble d'indicateurs, d'utilité *et* de justice. S'agissant du droit interne, qu'il s'agisse de légitimer le mouvement de pénalisation, ou celui de dépenalisation, le standard lancé par la Cour de justice dans l'affaire dite du ma grec²⁰ (des sanctions à caractère « effectif, proportionné et dissuasif ») montre d'ailleurs la voie d'une harmonisation pénale équilibrée.²¹ Par la suite la Cour contribuera à limiter les dérives sécuritaires en matière d'immigration.²² Même si ce n'est pas la criminalisation des étrangers en situation irrégulière, en tant que telle, qui est mise en cause par le droit de l'UE mais uniquement sa prétention à l'efficacité (les États membres restant libres d'adopter des mesures pénales permettant de dissuader les étrangers de demeurer illégalement sur leur propre territoire), du moins faut-il que ces mesures n'interfèrent pas avec la politique commune de retour.²³

En revanche au niveau communautaire, l'affaiblissement de la légalité pénale semble s'accompagner d'un effacement du principe de subsidiarité.²⁴ Ce constat est d'autant plus étonnant que la nouvelle définition donnée au principe de l'identité nationale semblerait, tout au contraire, indiquer la voie d'un renforcement du frein souverainiste, au nom des « fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale ».

Comme le souligne Geneviève Giudicelli-Delage,²⁵ « il faut prendre garde à « l'effet pervers de la confiance mutuelle », au point que « de confiance en confiance, plus aucun contrôle réel ne serait exercé ». Autrement dit il faut prendre garde à ne pas oublier que l'intégration européenne, en matière pénale comme dans les autres domaines, ne doit pas se traduire par la désintégration des ordres nationaux.

En conclusion, ni le frein souverainiste ni l'accélérateur sécuritaire ne doivent

¹⁹ Manacorda 2011, 908.

²⁰ CJCE, *Commission c/ République hellénique*, 21 sept 1989, C 68–88.

²¹ Voir Delmas-Marty et al. 2003 et Delmas-Marty et al. 2008.

²² CJUE, 22 juin 2010, 2010, *Melki et Abdeli*, aff. n° C-188/10 et C-189/10; 28 avril 2011, *El Dridi*, aff n° C-61.

²³ d'Ambrozio 2011, 502.

²⁴ Tricot 2010, 85–110.

²⁵ « Conclusions » in Tricot 2010, p. 305, pp. 305–323.

occulter que la signification profonde des trois principes d'attribution, de subsidiarité et d'identité nationale est d'assurer une cohérence au niveau européen, tout en préservant la cohérence nationale. Dans cette tâche redoutable, le contrôle des juges européens doit rester prééminent, afin que l'espace de sécurité reste aussi un espace de liberté et de justice.

Références

- Berramdane A, Rosetto J (2010) Droit de l'Union européenne. Montchrétien
- Carozza P (2003) Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Act. *Am J Int Law*
- d'Ambrozio L (2011) Quelques réflexions sur l'après *El Dridi*. *AJPén* 502
- Delmas-Marty M, Giudicelli-Delage G, Lambert-Abdelgawald E (éds) (2003) L'harmonisation des sanctions pénales. Société de législation comparée, Paris
- Delmas-Marty M, Pieth M, Sieber U (éds) (2008) Les chemins de l'harmonisation pénale. Société de législation comparée, Paris
- Magnette P (2003) Le régime politique de l'Union européenne. Presses de Sciences Po, Paris, 65
- Manacorda S (2011) Le programme pour une politique pénale de l'union entre mythe et réalité. *RSC* 908
- Simon D (1998) Le système juridique communautaire PUF, n° 78. In: Clam J, Martin G, Les transformations de la régulation juridique, LGDJ
- Tricot J (2010) Etude critique de la contribution de l'UE au renouvellement de la légalité pénale, thèse Univ Paris1, 2009; Le contrôle de la légalité pénale entre dits et non-dits. *Cour de justice et justice pénale en Europe*. Société de législation comparée, Paris, 85–110
- van de Kerchove M (2012) Le principe de subsidiarité en droit pénal européen. In: *Le droit pénal au lendemain du traité de Lisbonne*, Giudicelli Delage et C. Lazerges, à paraître, Société de législation comparée, Paris

To Decide or Not To Decide: On the Political Theology of *Simmenthal*, *Lyckeskog* et al.

Radoslav Procházka

Abstract The Court's decisions in *van Gend en Loos*, *Costa*, *Internationale Handelsgesellschaft* and *Simmenthal* have established a rule of recognition that stipulates validity and effectiveness criteria for what is to be deemed the law of the Union and its lands and have, thus, created an autonomous jurisdiction of a federal nature. The efficacy of claims for supremacy, primacy and direct effect of Union law advanced therein depend on the uniform effectiveness of this law in the Union's constituent jurisdictions. Only when enforced as supreme law by all Member States' national courts may Union law be deemed effective. The definition of a court of last instance that the Court provided in *Lyckeskog* and confirmed in *Cartesio* falls short of guaranteeing the effectiveness and foreseeability of the individual litigants' access to the proper standard of judicial protection in each of the Union's varied constituent jurisdictions. Consequently, the scope and the quality of enforcement of Union law varies from one Member State to another, thereby undermining uniform effectiveness as a crucial element of Union's law supremacy over national laws. The Court should reconsider its case-law in *Lyckeskog* and *Cartesio* so as to make it more attentive to the differences between Member States relating to their high courts' willingness and capacity to let Union law penetrate their juridical orders enough to make it supremely effective.

Member of Parliament of the Slovak Republic; Head of the Jurisprudence Department at the Trnava University School of Law; Member of the Presidium of the Slovak Chamber of Attorneys. I would like to thank Alexander Patsaouras of UCLA and Michal Bobek of Oxford University for their help with an earlier draft of this article. All remaining defects are my own responsibility.

R. Procházka (✉)

Trnava University School of Law, Trnava, Slovak Republic

e-mail: radoslav.prochazka@nrsl.sk

This article is the lamentation of a practitioner pretending to be a *doctinaire*. Some of its claims may seem outrageous, especially given the very modest argumentational algorithm used to advance them. In the first part, my aim is to offer a rather essayist account of the “founding” nature of the Court’s decisions in *van Gend en Loos*,¹ *Costa*,² *Internationale Handelsgesellschaft*³ and *Simmenthal*,⁴ and of their jurisdictional effects. In the second part, my aim is to discuss ways in which the Court’s decisions in *Lyckeskog*⁵ and *Cartesio*⁶ may undermine these effects and thus work against the “habits of governance” necessary for the preservation of the jurisdictional foundations of the legal order the Court has established.

In the first part, I re-adapt Paul Kahn’s adaptation of Carl Schmitt’s political theology⁷ to argue that in *van Gend en Loos*, *Costa*, *Internationale Handelsgesellschaft* and *Simmenthal* (hereinafter jointly as “*Simmenthals*”),⁸ the Court has set forth a rule of recognition for both the law of the Union and the law of its Member States and has thereby established a new autonomous juridical order, reconfiguring the distribution of sovereign authority within the Union.⁹ The Court has willed the Union juridical order into existence not by having interpreted/applied a pre-existing norm but by having made a decision *ex proprio vigore*. By having done so, the Court has also established a yardstick by which to measure the legitimacy of the way it performs its self-imposed role, this yardstick being the efficiency with which it ensures that all the relevant institutions, be they of Union or of national pedigree, follow the rule of recognition as set forth by *Simmenthals*.

In the second part, I argue that the Court has left its case-law on some basic coordinates of the preliminary reference procedure wanting in poignancy and utility. The *Lyckeskog* and *Cartesio* manuals have proven insufficient to allow for a uniformly effective access to the preliminary reference procedure, access which is crucial to the role that Union law—and the Court—is to play in the Member States’ juridical orders if the Court-made verticality of their mutual relation is to be sustained.

¹ Case 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR 1.

² Case 6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* [1964] ECR 585.

³ Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125.

⁴ Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* [1978] ECR 642.

⁵ Case C-99/00 *Criminal proceedings against Kenny Roland Lyckeskog* [2002] ECR I-4839.

⁶ Case C- 210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.* [2008] ECR I-9641.

⁷ See Kahn 2011.

⁸ For practical purposes, I shall refer to all four decisions jointly as the *Simmenthals* decisions, meaning all of them unless I explicitly refer to them individually.

⁹ I shall use “Union” to refer to the Community, too, unless otherwise indicated. Similarly, I shall refer to the basis for the preliminary reference procedure as Article 267, instead of distinguishing between ex Article 234 and current Article 267.

1 Simmenthal

In, and by means of, *Simmenthals*, the Court has founded a new legal order and thus a new polity. Its decision was one of a sovereign, rule-issuing authority that makes the law by speaking it and that orders facts by submitting them to its self-made norms. The *Simmenthals* performance was *iuris dictio* at its best.

1.1 The Decisions

In *van Gend en Loos*, the Court held, among other things, as follows:

In addition the task assigned to the Court of Justice under Article 177, the object of which is to secure uniform interpretation of the Treaty by national courts and tribunals, confirms that the states have acknowledged that Community law has an authority which can be invoked by their nationals before those courts and tribunals. The conclusion to be drawn from this is that the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals.

In *Costa*, the Court added:

By creating a Community of unlimited duration, having its own institutions, its own personality, its own legal capacity and capacity of representation on the international plane and, more particularly, real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of powers from the States to the Community, the Member States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and have thus created a body of law which binds both their nationals and themselves.

(...) The executive force of Community law cannot vary from one State to another in deference to subsequent domestic laws, without jeopardizing the attainment of the objectives of the Treaty set out in Article 5 (2) and giving rise to the discrimination prohibited by Article 7. (...)

It follows from all these observations that the law stemming from the Treaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called into question.

In *Internationale Handelsgesellschaft*, Union law was declared by the Court to enjoy supremacy over national law regardless of the status of the latter, confirming the nature of the supremacy principle as a foundational jurisdictional norm:

Recourse to the legal rules or concepts of national law in order to judge the validity of measures adopted by the institutions of the Community would have an adverse effect on the uniformity and efficacy of Community law. The validity of such measures can only be judged in the light of Community law. In fact, the law stemming from the Treaty, an independent source of law, cannot because of its very nature be overridden by rules of national law, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called in question. Therefore the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by

allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of a national constitutional structure.

In *Simmenthal*, the founding was completed, at least on the conceptual plane:

Indeed any recognition that national legislative measures which encroach upon the field within which the Community exercises its legislative power or which are otherwise incompatible with the provisions of Community law had any legal effect would amount to a corresponding denial of the effectiveness of obligations undertaken unconditionally and irrevocably by Member States pursuant to the Treaty and would thus imperil the very foundations of the Community. (...)

Accordingly any provision of a national legal system and any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements which are the very essence of Community law.

The first question should therefore be answered to the effect that a national court which is called upon, within the limits of its jurisdiction, to apply provisions of Community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing of its own motion to apply any conflicting provision of national legislation, even if adopted subsequently, and it is not necessary for the court to request or await the prior setting aside of such provision by legislative or other constitutional means.

The *Simmenthals* decisions are the Union's living constitution; one in the making, but a constitution nonetheless.

1.2 Sovereignty

In discussing the nature of *Simmenthals* as an act of founding, I wish to expand on Paul Kahn's adaptation of Carl Schmitt's political theology. Here is what Kahn has to say on the definition of sovereignty:

*The location of sovereign power is not an issue of definition but of the functioning of an actual political organization. ... Sovereign power does not exist as an institution's or person's potential; rather, it exists only in the act of decision itself.*¹⁰

Kahn wholly subscribes to Schmitt's unadulterated emphasis on, or obsession with, the decisional nature of authority and the will that makes any decision possible. Kahn says, "*the entire legal order arises from a moment of sovereign decision*",¹¹ following Schmitt who claims, "*like every other order, the legal order rests on a decision and not on a norm*".¹²

¹⁰ Kahn 2011, p. 39.

¹¹ Ibid., p. 47.

¹² Schmitt 2005, p. 10.

Kahn, following Schmitt, denies Hans Kelsen's identification of a superior *Grundnorm* with the foundational source of a normative order, arguing instead for a political theology that

*understands authority as decision, links decision to sovereign, and grounds sovereignty in faith. At the foundation is not yet another norm – the groundnorm – but the decision, which always cuts across the is and the ought. It is the decision for the norm.*¹³

In Kahn's reading, the ability successfully to employ one's will to make a decision is the one defining element of authority. This authority is a sovereign authority as long as the decision it makes for the norm is a decision made *ex nihilo*.

*At issue in the sovereign decision... is not the application of a particular norm but the entire legal order. The sovereign decision at that point exists for the sake of the entire system. The sovereign decides outside of law for the sake of law. The sovereign decision, accordingly, is the act of the state willing its own existence. ... The sovereign wills itself into existence; it will be what it wills itself to be.*¹⁴

What gives the Court's decisions for a rule establishing a sovereign supranational authority their founding qualities is precisely the way in which an aspiration is converted into a fact, i.e. the way in which the *ought* and the *is* are merged in a decision *for* the norm. Only when read against the competing visions does the *Simmenthal's* "ex nihilo" aspect come into full display.

In *van Gend en Loos*, both all the intervening Member States and the Advocate General Roemer, in one way or another, argued against the Community's full jurisdictional autonomy. The masters of the treaties argued:

the Court has no jurisdiction to decide, should the occasion arise, whether the provisions of the EEC Treaty prevail over Netherlands legislation or over other agreements entered into by the Netherlands and incorporated into Dutch national law. The solution of such a problem (...) falls within the exclusive jurisdiction of the national courts (...).

The Advocate General deemed it

*impossible to clarify exhaustively the real legal effects of an international agreement on the nationals of a Member State without having regard to the constitutional law of that member State.*¹⁵

When looking for the proper way to determine the Treaty's effects within national jurisdictions, he attributed key relevance to national constitutional law, as he found one of the reasons for rejecting direct effect of Article 12 to consist of the fact that

*[t]he position of the constitutional law of the Member States, above all with regard to the determination of the relationship between supranational or international law and subsequent national legislation, is far from uniform.*¹⁶

¹³ Kahn 2011, p. 48.

¹⁴ *Ibid.*, p. 50.

¹⁵ Opinion of Advocate General Roemer delivered on 12 December 1962, pp. 18–19.

¹⁶ *Ibid.*, p. 23.

As Craig and de Búrca point out, the Court's "description" of the Community as an autonomous order of special and original nature was in fact a normative assertion with little or no support in the actual texts the Court was interpreting.¹⁷ Hartley says the same thing as regards *van Gend en Loos*, arguing that the Court "probably went counter to the intention of the authors of the Treaty".¹⁸ He adds, "the Court does not appear to pay much attention to the wording of the Treaties on this point",¹⁹ the point being the direct effect of instruments other than regulations.

*It is in fact probable that the authors of the Treaties assumed that the question of direct effect would be decided by national courts according to the criteria of national law.*²⁰

This is, however, not to question the Court's decision. It is to argue that it indeed made a decision, one which Advocate General Lagrange did not seem to find pertinent in his Opinion in *Costa* (dubbing it "taking sides between 'Federal Europe' and 'the Europe of Countries', or between the 'supranational' and the 'international'")²¹ but one which had to be made in order for the new rule about rules to be born.

1.3 Rule of Recognition

It would be rude to pretend the need to discuss here in any detail what a rule of recognition is and what it does for the jurisdiction that it organises. It is, when explained with assistance from the author of the term, a rule about rules, a secondary rule setting forth the criteria of validity for primary rules, a rule to which every other rule must conform in order to become and remain law.²²

What may be of more immediate assistance to the issue at hand is what H.L.A. Hart says with regard to the role that the rule of recognition plays in ranking law's validity criteria in an order of relative subordination and primacy:

*a criterion of legal validity or source of law is supreme if rules identified by reference to it are still recognized as rules of the system, even if they conflict with rules identified by reference to the other criteria, whereas rules identified by reference to the latter are not so recognized if they conflict with the rules identified by reference to the supreme criterion.*²³

That is the general idea, and these are the particular examples of its application:

the relationship between provisions of the Treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national law of the Member States on the other is such

¹⁷ See Craig and de Búrca 2003, p. 278.

¹⁸ Hartley 1998, p. 196.

¹⁹ *Ibid.*, p. 197.

²⁰ *Ibid.*, p. 196.

²¹ Opinion of Advocate General Lagrange delivered on June 25, 1964, p. 602.

²² For more detail, see Hart 1994, Chap. VI.

²³ *Ibid.*, p. 106.

that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but — in so far as they are an integral part of, and take precedence in, the legal order applicable in the territory of each of the Member States — also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions.” (Simmenthal, § 17); “(...) the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of a national constitutional structure.” (Internationale Handelsgesellschaft, § 3); “(...) a judicial decision, even if it is a final judgment (as the judgment in *Commission v Spain* confirms), may never take precedence over a Community measure, provision or act, and nor, where appropriate, may a law or a constitutional provision.²⁴

In short, by virtue of the superiority of the supranational rule of recognition over the national ones, the original domestic hierarchy of norms does not matter when Union law is involved: in areas of the Union’s competence, the national constitutions lose their rule-of-recognition character and role, and the supreme validity criterion is that devised by the Court.

It is here that *Simmenthals* seem to have done something very similar to what *Marbury v. Madison*²⁵ did in the establishment of the United States Constitution’s supremacy. In *Marbury*, the United States Supreme Court proclaimed the American government to be a rule of law rather than men, granted the Constitution a supreme legal authority and established the Supreme Court itself as both the founder of the Constitution’s supreme legal effectiveness and its ultimate guardian.²⁶

From the point of view of the analogy I am trying to draw, however, there are two more relevant facts: (i) in establishing the Constitution’s legal sovereignty as the supreme law of the land, the U.S. Supreme Court relied on the need to provide individuals with effective legal remedies against government trespass, a performance very similar to that of the Court in *Simmenthals* (and many other decisions to follow); (ii) in locating the institutional source of such a remedy, the U.S. Supreme Court opted for that interpretation, among various available ones, that served to strengthen its own authority. In other words, in both cases the need effectively to protect individual rights served as a platform for a systemic realignment of inter-institutional and inter-jurisdictional relations that established the federal judicial authority as *the* authority to define and to protect the rule about rules.²⁷

²⁴ Opinion of Advocate General in Case C-507/08 *European Commission v. Slovak Republic*, § 44.

²⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

²⁶ For a meta-legal analysis of *Marbury*, see, e.g. Kahn 1997.

²⁷ Even Ronald Dworkin, one of the more ardent supporters of judicial review, says that “it does not follow as a matter of iron logic that the Supreme Court should have the power to decide when these limits have been transgressed. For the Constitution might have been interpreted as laying down directions to Congress, the president, and state officials that these officers had a legal as well as a moral duty to follow, but making them their own judges.” See Dworkin 1986, p. 355.

I take these two submissions—first, that the *ultima ratio* of Union law’s supreme effectiveness consists in the need effectively to protect rights established therein and, second, that the Court appointed itself to oversee that protection—to be of significance to my argument that it is predominantly the Court’s (rather than, e.g. the Council’s and/or the European Parliament’s) role to continue deciding for the norm of supreme effectiveness that it established and, thereby, to continue willing the supranational sovereign to function as the sovereign authority that the Court intended it to be.

In *Simmenthals*, the Court resisted an invitation to read the founding treaties as being subject to ultimate protection by their very masters. Should it have accepted such an invitation of the *Herren der Verträge*, the rule defining the treaties’ legal effects in the constituent jurisdictions would have remained polynomous in nature, as its content would have been determined by reference to the different national rules of recognition. Without *Simmenthals*, there would not be a federal law in place in the Union; by virtue of *Simmenthals*, there is one.

1.4 Founding

My claim that in making the *Simmenthals* decisions, the Court has established a rule of recognition for a new juridical order, one based on a strict verticality between the constituent national jurisdictions and the constituted federal one, conflicts with the more traditional accounts of the Union as a polynomous, polycentric and/or polyversal entity.²⁸ More importantly, it also conflicts with several high national courts’ approaches to the Court’s claims for, and of, the jurisdictional autonomy and supremacy of the Union legal order.²⁹

There is, given spatial and topical constraints, only one thing I believe I need to say on this. This is not a descriptive political-science account of the nuances of the separation of powers, and the division of power, within the Union; neither is it an analytical account of the different stages in the Court’s jurisprudence. I am fully aware of the political significance of, e.g. the *Solange* jurisprudence of the German Federal Constitutional Court, of the attributed nature of the Union’s powers and the constitutional ramifications of the *Kompetenzkompetenz* discourse, of both the inter-institutional and the inter-jurisdictional implications of the Court’s self-conceptualisation evident in its evolving approach to the so-called procedural autonomy of the Member States, and of the different views on the rationale behind the decentralised enforcement of Union law.³⁰ But my aim here is much more

²⁸ The literature on this is vast, for a theoretical perspective, see, e.g. Bellamy and Castiglione 1997.

²⁹ See, e.g. Craig and de Búrca 2003, pp. 285–314; Hartley 1998, Chap. 8.

³⁰ One might also want to distinguish between autonomy and autopoiesis. While “autonomy” means the capacity to give oneself a law and, thus, freedom from being ruled by someone other than oneself, “autopoiesis” means both systemic and operational closure of such rule from other

modest than to engage in a structured debate about the analytical and the phenomenological coordinates of this enforcement. I simply have taken the liberty to discuss from a doctrinal perspective the systemic foundations and effects of the Court's performance of sovereign authority in *Simmenthals*, in order to complain from a practical perspective of the Court's failure to sustain some of these effects in its later decisions.

Simmenthals (and, within the quartet, most directly *Internationale Handelsgesellschaft*) take the rule-of-recognition-making power from the Member States, and give it to the Union, while at the same time preserving the capacity of the Member States to produce primary rules (in the form of treaties and their amendments). The Union law is an autonomous legal order in that it is Union-made rules that govern what becomes law of the land and how. It is not an autopoietic legal order in that it reproduces itself also—even though not only—by allowing the Member States' acts of law-making authority to have legal effects and by recognising these effects as produced in conformity with the supreme rule of recognition.

The Court has transformed a system in which the normative status and effects of the decisions of the supranational entity were to be determined by the national constituents of this entity into a system in which the decisions of the national constituents must conform to the decisions of the supranational entity in order to be law. The *Simmenthals* decisions are sovereign in nature because they were not pre-ordained by any pre-existing norm and did not follow from it; rather, they were decisions *for* the norm. And they effectuate a founding because they founded the Union as a federation, one to be construed both from above and from below.

(Footnote 30 continued)

sources of rule-producing acts. An order (or a system) may be autonomous and yet not autopoietic if it is self-created by an act of sovereign authority but is not immune from the incorporation of rules produced by other law-making actors. The important thing here is that it is the autonomous entity that decides on the nature and the degree of this systemic and operational closure/openness and does so by deciding for, and on the content of, the rule of recognition. Going back to Hart for a moment, there does not have to be only one type of source of primary rules within a given jurisdiction; there may be several such types. (For a more expansive account of types and sources of (validity of) norms, see, e.g. Pattaro 2005; Shiner 2005) What matters is that there is one supreme criterion of validity/effect for all these sources, such as that established by *Simmenthals*. In other words, a lack of autopoiesis does not necessarily entail a lack of autonomy and sovereignty; it may consist, simply, in the fact that the sovereign authority established an order that is capable of incorporating into itself rules made by other entities than the authority itself. This is precisely what national states do with regard to international public law when they establish in their own constitutions the rules under which norms of international public law have, e.g. direct effect and/or direct applicability in their own jurisdictions or precedence over national statutes. (This does not mean that the international public law does not stipulate its own validity criteria. Both the establishment and the enforcement of these international rules of recognition, however, are conceptually different from the Court's single-handed constitution-making performance in the *Simmenthal* decisions.) And it is, also, precisely what they are not allowed to do of their own will with regard to Union-made laws.

In short, the authority that the Court employed in *Simmenthals* was that of a sovereign power in that it was employed as *Kompetenzkompetenz*, as an authority to decide on who does what with what effects. It is the authority to decide on so-called secondary rules, on the rules for making and unmaking the law of the land. To sum up one last time, the supreme law of the Union and its many lands is that the making and application of which observes the rule of recognition as set forth in *Simmenthals*.

1.5 *Effet Utile*

The Court says in *van Gend en Loos* that the task it is to fulfil is one of securing “uniform interpretation of the Treaty by national courts and tribunals”, adding in *Costa* that the “[t]he executive force of Community law cannot vary from one State to another.”

One of the ways in which the Court cultivates and permeates the supreme effectiveness of Union law in national situations (when it so chooses) is by reference to the *effet utile* as a higher order principle. The *effet utile* does not serve as a norm in and of itself; it serves as a rule ordering the relevance of norms applicable to given factual circumstances. Whether it concerns a general principle of Union law, such as the ban on age discrimination, or a particular norm contained in a directive, the overarching purpose of the way in which it is to be applied by a national court is to make it effective.

Here come both the claims that I advertised at the beginning as outrageous and the explanation of why I have dwelled so extensively on *Simmenthals*’ claim for, and of, the supreme effectiveness of Union law.

A federal law is ineffective unless uniformly effective. It is only when the *effet utile* of a Union-made law is observed as law in every instance in which it is to be observed that such a law may justifiably lay claims to be deemed supremely effective.

A national court is obliged to grant Union law precedence over national law and let itself be governed by the Court’s interpretation of that law because, and so long as, all other national courts may be presumed to do the same. A national judge is under the *Simmenthals*-produced duty to give effect to Union law in *Simmenthals*-ordained ways because, and only if, other national judges recognise the same duty.

This is in no way to argue that the observance of a Member State’s co-operation duty under Article 4 (3) TFEU should depend on classical, international public law-based reciprocity. The Court itself has spoken against this rationale, and I have neither reason nor ambition to question that.³¹ Nor am I ignorant of the need to distinguish between positive and negative harmonisation of remedial measures and

³¹ For a hint of such argumentation, however, see Hartley, who claims that “national governments are prepared to accept rules of Community law which are against their interests, but benefit others, if other Member States are prepared to do the same when the balance of advantage is reversed.” Hartley 1998, p. 185.

of the fact that in the absence of fully harmonising provisions in a given area of regulation at Union level, Member States are given a margin of appreciation in their own regulating and implementing performances.³² This is, simply, an attempt (i) at taking the Court's words pronounced in *Simmenthals* at their face value, and, consequently, (ii) at bringing them to their logical conclusion.

It is in the logic of a federal jurisdiction that it produces norms that are to be effectuated in all areas of its juridical reach, unless it decides otherwise. So it is in the nature of a federal jurisdiction that it does not allow the executive force of its rules to vary from one Member State to another. If we substitute "executive force" with "effects" and the notion of lack of variance with that of uniformity, we get to the essence of a federal authority. This essence lies in the uniformity of effects that federal norms produce in every area of their normative radius.

The uniformity of effects of federal norms does not mean the identity of ways of achieving the regulatory *telos* of these norms.³³ It consists in the uniformity of normative consequences that these norms produce in the entire federation. Only if effective to the same threshold extent across each of the national legal systems does a federal norm validate its very purpose as a federal norm, i.e. the purpose of having been issued to regulate all relations that fall within its reach. In short, a federal law is the supreme law of the land if it is uniformly effective across the federal polity and it is uniformly effective in that polity if it is applied and enforced as the supreme law of the land by all who are called in that polity to apply and enforce law.

I link the requirement of uniformity indivisibly to that of effectiveness by referring to, and taking seriously, the federal ("supranational" in AG Lagrange's vocabulary in *Costa*) nature of the Union law as established by the Court in *Simmenthals*. It is indeed no other than a federal jurisdiction in which, Hartley *dictu*, "*Community law must have the same meaning and effect in all Member States*"³⁴ and where, van Gerven *dictu*, "*the objective of uniform enforcement for treaty rules throughout every Member State is a fundamental requirement of the Community legal order.*"³⁵

Dougan has many illuminating things to say on this, such as that uniformity and effectiveness represent "*two complementary axes*" by which to assess the Court's intervention in the domestic systems of judicial protection.³⁶ He suggests that uniformity demands "*equality of treatment between the Member States (without necessarily implying any particular level of treatment, so long as it is the same across the entire Community)*", while effectiveness demands "*an adequate*

³² See, e.g. Case 50/83 *Commission v. Italy* [1984] ECR 1633, 12.

³³ Therefore, it is possible that the federal rule of recognition itself allows the federation's members to determine the level of protection that they grant to particular rights or interests, thereby providing for a certain variance between these levels of protection. See, e.g. Case 110/05 *Commission v. Italy* [2009] ECR 519, § 65.

³⁴ See Hartley 1998, p. 185.

³⁵ See van Gerven 2000, p. 521.

³⁶ See Dougan 2004, p. 65.

standard of enforcement”.³⁷ In short, in order for the Union law to be deemed effective in the Member States it suffices for it to be “adequately enforced”, while in order to be applied uniformly it must receive equal treatment in all Member States.

Dougan treats these two axes as distinct imperatives,³⁸ and so do volumes of other case-law as well as *doctrine*. I beg to differ, as I find uniformity to be a relational quality, both conceptually and practically inseparable from the noun that it qualifies. “Uniform” simply relates to “effects” and not to some other juridical entities or phenomena out there. Uniformity has no meaning and no implications unless it is determined in relation to that which is to be uniform. Uniformly effective rather than uniform and effective is what the Union law must be in all of the Member States in order to be fully up to the task that it was given in *Simmenthals*.

When Dougan holds effectiveness to equal adequate enforcement, he makes a tautological claim, as effectiveness by definition entails enforcement. What matters is that rules are enforced (given effect) at every instance of their applicability because only then are they indeed made effective as federal norms; only when made uniformly effective are they made effective as laws issued in order to produce their own *effets utiles* in the entire federal jurisdiction. When a Union law produces the requisite normative effects in one Member State but does not do so in another Member State, it is effective as a national norm but not as a Union norm. Any Union norm is supremely effective as a Union norm only if made effective in all of its constituent jurisdictions. And when made so effective, it is made uniformly effective, regardless of whether there is a margin of appreciation in use or not. In a federal context, effectiveness presupposes uniformity and uniformity is achieved via effectiveness.

1.6 The Enforcement

So the Union law, authoritatively pronounced by the Court³⁹ to be supremely effective in the Member States, remains so if uniformly enforceable as law in all of these jurisdictions. The Union law is the supreme law of the Union’s lands because it is to produce equally supreme effects in these lands, and so long as it does so.

³⁷ *Ibid.*, pp. 65–66.

³⁸ Dougan suggests as much at various instances, such as when he claims that “*even assuming that a provision of Community law has direct effect and the domestic courts are prepared to enforce it in preference to contradictory national rules, this may not in itself be sufficient to satisfy the underlying demands of either uniformity or effectiveness.*” Dougan 2004, p. 95.

³⁹ By authoritative I mean here not subject to effective contest. True, the acceptance of the Court’s *Simmenthals* claims remains conditional in some Member States, Germany being the most prominent example. But these reservations do not in any way cut against the link between uniform effectiveness and supremacy, and to discuss them would require a wholly different article.

The uniform effectiveness of Union law is both a function and the source of its supremacy/primacy.

There are a number of decentralised-enforcement mechanisms available for producing the uniform effectiveness of Union-made law. Dougan lists the notions of direct effect and of the supremacy and primacy of Union law, the right to an effective standard of judicial protection, and the co-operation framework of the preliminary-question procedure.⁴⁰

In cases where there is no Union legislation to provide for a concrete procedural framework, it is indeed the combination of the Court's "interpretive" (both instructive and supervisory) engagement with the application by national courts of Union law and, *inter alia*, their Court-made duty to grant rights of Union pedigree both equivalent and effective protection and to accord primacy to the supranational law in case it conflicts with a national one, that services the Union law's enforcement across its jurisdictional reach. It is mostly by means of the preliminary reference procedure that the Court serves to ensure that the substantive law of the Union becomes the substantive law of the Member States, as it must become in order not to be "*useless*", to borrow one more time from Hartley.⁴¹ And it is by doing justice to its self-imposed tasks of securing Union law's uniform effectiveness (*van Gend en Loos*) and of preventing the executive force of Union law from varying from one Member State to another (*Costa*) that the Court keeps its founding, rule-of-recognition-making, federal-jurisdiction-establishing case-law alive, and its implications real.

The *Lyckeskog* approach weakens the Court's engagement, and so does, partly, *Cartesio*.

2 Lyckeskog

In *Lyckeskog*, the Court has opted for a heavier reliance on national supreme courts than seems warranted if the supreme effectiveness of Union law is to be sustained in all the jurisdictions constituting the Union. From a systemic/doctrinal point of view, *Lyckeskog* begs as many questions as it answers; from the practical point of view, it fails to neutralise obstacles which, in various jurisdictions, including the one I am going to describe in more detail (Slovakia), Union citizens seeking access to judicial protection of their Union-made rights may find excessively difficult to overcome.

⁴⁰ See Dougan 2004, p. 3.

⁴¹ See Hartley 1998, p. 185.

2.1 *The Decision*

The Court has decided:

Decisions of a national appellate court which can be challenged by the parties before a supreme court are not decisions of a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law within the meaning of Article 234 EC. The fact that examination of the merits of such appeals is subject to a prior declaration of admissibility by the supreme court does not have the effect of depriving the parties of a judicial remedy. (§ 16)

Lyckeskog—faithful to the requirements of a concrete-theory approach—does not say, however, whether the above holding concerns situations in which the admissibility decision is fully at the discretion of the upper-instance court or applies only to situations in which such discretion is explicitly limited by law. This difference may be of little or no importance in some jurisdictions but very relevant in those where there is a legally significant difference between the supreme courts’ so-called bounded discretion and so-called unbounded discretion to decide whether to admit for review extraordinary appeals against appellate decisions.⁴²

If *Lyckeskog* covers only declarations of admissibility in which the competent court’s assessment of admissibility is bound by explicit statutory variables, the Court should say so explicitly. If, however, *Lyckeskog* means that the nature of admissibility assessment is irrelevant and that even if the national court has unrestrained discretion to hear or not to hear the case, the supreme court and not the appellate court is the court of last instance within the meaning of Article 267 TFEU (and the facts of *Lyckeskog*, as well as *Cartesio* at § 77, suggest this latter interpretation), it goes further than desirable.

The first objection therefore has to do with *Lyckeskog*’s limited usefulness. In short, I find its scope of applicability contestable, as it may but does not necessarily have to apply to various situations which in some ways are a sub-group of the *Lyckeskog* variables and in some other ways are different from it. I do understand both the foundations and the implications of the preference for concrete theory, but am not convinced that showing more consideration for the *effet utile* of the Court’s dialogue with national judges would inflict any damage upon the balance of their mutual relations.

⁴² In Slovakia, for instance, there is an explicit difference between admissibility grounds and extra-appellate grounds (the former make the extraordinary appeal admissible for examination on the merits, the latter make the contested decision capable of being repealed). More importantly, it is also possible for an appellate court (usually the Regional Court, and exceptionally also the Supreme Court) to allow for further review even if no other admissibility criteria are in place—a kind of *writ of certiorari*. Such writ is certainly in use in other jurisdictions, too. But while in the former instance the Supreme Court as the supra-appellate instance is bound by law in assessing admissibility, in the latter instance the appellate court is free to use its unfettered discretion in assessing whether the matter is important enough to warrant further review.

The second, and more important, objection relates to the core of my litany—the ways in which *Lyckeskog* (and *Cartesio*) undermine the conditions for Union law’s uniform enforcement by national courts.

By having relieved the sub-supreme courts of their preliminary referral duties to a larger degree than necessary, the Court has strengthened the potential for the widening of holes in the uniform-effectiveness net that sustains the Union law as the supreme law of the Union’s twenty-seven lands. The Court has moreover done so in spite of the fact that the holes are wide enough already.

2.2 *One or the Other May Mean Neither*

In this sub-section, I shall offer a sketch of the effects of a *Lyckeskog*-like approach in one particular national jurisdiction, that of Slovakia.

Bobek describes three main ways of ensuring conformity between the Court’s referral duty-related case-law on the one hand and its application by the national courts on the other. These include (i) the lawful-judge approach, where breach of the duty to refer is deemed a violation of the right to court; (ii) infringement proceedings such as those successfully brought against Italy⁴³; and (iii) damages claims based on *Francovich* requirements as specified in *Köbler*.⁴⁴ These possibilities are, needless to say, not mutually exclusive *per se* but are unlikely to be applied in parallel.

Slovakia’s courts seem to tend to the lawful-judge approach. In theory, that is. The Constitutional Court has repeatedly confirmed that a breach of the referral duty by a court of last instance constitutes a violation of the right to court as guaranteed both by the Slovak Constitution and the European Convention on Human Rights. In sum, “*to the extent of interpreting Community law the lawful judge is not only that determined by the assignment schedule based on the relevant provisions, but also the Community judge, because his duty to decide on questions relating to the interpretation of Community law is simultaneously his right to do so, which right must not be circumvented, and if it may be circumvented, then only in ways stemming from the Court of Justice’s case law. (...) If the Community judge did not participate at the national proceedings by means of interpreting the Community law, even though this interpretation was necessary for deciding the merits of the case, then the national court was wrongly composed in this part of the proceedings.*”⁴⁵

⁴³ See Case C-129/00 *Commission v. Italy* [2003] ECR 14367.

⁴⁴ See Bobek 2004, pp. 45 and ff.

⁴⁵ Judgment of the Constitutional Court in Case III. ÚS 151/07. Without referring to *Lyckeskog*, the Constitutional Court seems to suggest that in the case of a breach of the referral duty the Slovak Supreme Court should view this breach as an autonomous ground for hearing the extraordinary appeal, this ground being the wrong composition of court under Section 237 (g) of the Civil Procedure Code. This is perfectly in line with the Court’s caveat allegedly pronounced

Given that the Supreme Court is competent to hear such a grievance, the Constitutional Court finds itself not to have the competence to provide relief. In a subsequent ruling, the Constitutional Court confirms that it lacks competence by saying that the provision of an answer to the question of whether breach of the referral duty constitutes a breach of the right to a lawful judge “*belongs primarily to the competence of the Supreme Court, which follows from its position within the system of ordinary judiciary*”.⁴⁶

The Slovak Supreme Court used to employ this competence to say that it lacked competence to provide relief under the rubric of the wrong-court-composition ground, and would refer the aggrieved parties to the Constitutional Court instead.⁴⁷ In a later ruling (outside of a preliminary reference context), the Constitutional Court judged the interpretation of the Supreme Court to be overly restrictive, a failure to protect the right to a lawful judge, and thus “*constitutionally unacceptable*”.⁴⁸ Subsequently, the Supreme Court seems to have softened its stance and has pronounced itself ready to hear allegations of denial of access to a lawful (Union) judge, even though at the same time it has found that there were no reasons to provide relief in the case at hand.⁴⁹ So far so good.

But there are two problems here. First, the Constitutional Court, referring to a ruling issued by the German Federal Constitutional Court, insists that it is only in cases in which the national judge “did not recognize” its referral duty (in the sense of not being aware of it) that its breach makes an extraordinary appeal available. A mere *error in procedendo* does not entitle the litigant to pursue any such claim, whether by means of an extraordinary appeal or by means of a constitutional complaint.⁵⁰ This is an even more restrictive requirement than the one that holds that a Union law-related question must be central to the matter at hand in order for the preliminary referral duty to be triggered at all. It makes redress available only

(Footnote 45 continued)

in *Lyckeskog* that if interpretation of Union law is central to the matter at hand, the supreme court should grant the leave to appeal on this very basis. See Zetterquist 2008, p. 128.

⁴⁶ Judgment of the Constitutional Court in Case III. ÚS 207/09.

⁴⁷ Ironically or not, in claiming that extraordinary appeal to the Supreme Court was the way to go for the petitioner, the Constitutional Court referred to rulings of the Supreme Court which suggested to the contrary. In both decisions to which the Constitutional Court refers in the above ruling, the Supreme Court states that the wrong composition of court does not refer to the determination of who is the lawful judge in the case but rather relates to a division of competencies between a single judge and a panel of judges. In explaining this ruling in a non-forensic explanatory note, the Supreme Court explicitly says the following: “*There is no wrong composition of court if the party’s right to a lawful judge was breached, i.e. if the case was tried and decided by a different judge than that determined by the assignment schedulu. Any breach of such right creates the possibility of petitioning the Constitutional Court, but does not make extraordinary appeal admissible under Section 237 (g) of the C.P.C.*” Decisions of the Supreme Court of the Slovak Republic in Case 4 Cdo/1998 and Case 13 Obdo/2001.

⁴⁸ Judgment of the Constitutional Court in Case II. ÚS 136/08.

⁴⁹ See Decision of the Supreme Court of the Slovak Republic in Case 3 Cdo 10/2010.

⁵⁰ See Judgment of the Constitutional Court in Case III. ÚS 207/09.

in cases in which the court of last instance did not show any awareness of being subject to the referral duty, and makes immediate redress unavailable in cases in which such court “recognized” it was subject to a referral duty but decided that in the given instance it did not have to comply with it, whether because of the *acte clair* doctrine or by reference to *ratione temporis* arguments, etc.

Second, on a more conceptual note, the Constitutional Court seems to say two things that are mutually exclusive if judged strictly by formal deductive logic: one, that “under the valid legal system in the Slovak Republic, the court of last instance is either the Supreme Court or the Constitutional Court”⁵¹; two, a regional court is capable of breaching the right to a lawful judge if it does not involve the CJEU in cases in which its involvement is necessary.⁵² So it is either the Supreme Court or the Constitutional Court that is subject to the referral duty but if a regional court breaches it, this makes extraordinary appeal available under the wrong-composition-of-court (a.k.a. unlawful judge) heading. Now how can the regional court be deemed capable of breaching the referral duty if there is a higher court available to hear appeals against it? Either a court is the court of last instance, or it is not. If it is not, it is not capable of breaching the referral duty and any appeal based on this very ground should be dismissed; if it is, its decisions must be by (the *Lyckeskog*) definition immune from further challenges. In either case, there are autonomous procedural grounds available for dismissing an extraordinary appeal based on the objection of breach of preliminary referral duty.⁵³

This particular problem is further intensified by the Court’s holding in *Cartesio*. Here, the Court says that the lack of suspensory effect of an extraordinary appeal does not imply that the supreme court deciding on the extraordinary appeal is not the court of last instance for the purposes of the referral duty. This is fully logical, and so is the *a fortiori* argument advanced by the Court: if having one’s very access to review limited by the discretion of the supra-appellate court does not deprive him/her of remedy, *a maiori ad minus* the lack of suspensory effect certainly does not. The lack of suspensory effect, however, means that the decision contested by extraordinary appeal may be enforced in full. If it is, it becomes very difficult for the affected litigant to obtain a remedy. In Slovakia, the only option available would be an action for compensation of so-called unlawful enrichment. Such action may—and usually does—take several years to be completed, and at the end may—and often does—leave the litigant with no hope of retrieving anything from the other party.

In short, by confirming and deepening the *Lyckeskog* fundamentals in *Cartesio*, the Court makes itself content with the mere theoretical availability of a court that would at last do justice to its referral duty. Moreover, in Slovakia this duty is

⁵¹ See Judgment of the Constitutional Court in Case IV. ÚS 206/08.

⁵² See, e.g. judgments of the Constitutional Court cited *supra* in notes 46, 48, 50.

⁵³ There is in fact a way to square these holdings with basic logic as the Slovak Code of Civil Procedure excludes certain categories of decisions from either extra-appellate review or appellate review. The Constitutional Court, however, does not discuss this, and the facts of the given cases do not make this option pertinent.

imposed upon the Supreme Court only on the basis of the fact that an immediately inferior instance has disregarded it, and thus is a duty in motion, so to speak, i.e. one the bearer of which may change in the course of proceedings. How much certainty does that give a litigant seeking his fundamental, Treaty-, Constitution- and Convention-based right to a lawful Union judge?

2.3 *The Zero Reality*

But this does not have to be the real problem in the end. Rather, it is the fact that in spite of the evolution of the original domestic case-law, the number of successful objections against a breach of the referral duty remains zero in Slovakia. Several petitioners have tried, and in varying legal and factual contexts, but none has succeeded. Thus, when the Court says that a litigant is not deprived of a judicial remedy by the fact that the availability of meritorious examination of appeal is subject to a prior declaration of admissibility, it seems to speak *in abstracto*, without regard for what this arrangement may imply in practice in some of the Union's constituent jurisdictions.

In Slovakia—where the supreme law of the land must be that which observes the Court-made rule of recognition—the actual practical effect of the national case-law as combined with that of the Court is, simply, a lack of a sufficiently foreseeable venue to hear, and a lack of effective remedies to redress, grievances alleging that access to a lawful Union judge has been denied. Unless there is a firm and stable way of adjudicating such claims, the lawful-judge avenue remains a distant hope for the litigant rather than a reliable remedy.

As for the other options, the infringement proceedings seem a very long shot for the individual litigant. Even if one were to ignore the need to document the systemic nature of the given procedural defect and the attendant practical difficulties, there is still both the fact that it is up to the Commission to initiate such proceedings, not up to the aggrieved party, and the fact that even if the Court eventually reaches the conclusion that the Member State has breached its duties, it is of little practical use to the adversely affected litigants. They may be equipped with more background armoury in their litigation against the government if such a ruling is issued but it does not have immediate normative implications in their particular cases.

A damages-based claim also seems prohibitively difficult to pursue, especially in a country where it usually takes courts several (make it many) years to arrive at a decision and where Union (case) law has yet to penetrate the local system of law enforcement. True, both options are theoretically available. Should they be judged by the Court's own test of effectiveness, however, they would have to fail it, the main reason being the debilitating effect of the vicious circles from which they suffer.

One such circle is the apparent lack of a readily available venue to hear a claim based on a breach of the referral duty. No matter how much more available such a

venue seems when compared to the early post-admission case-law of Slovakia's high courts, the right of access to the Court remains a law in the books rather than in action. The other circle, vicious in the same way, consists in the fact that as regards a *Köbler*-like damages claim, there is no guarantee whatsoever that the trial court and the appellate court would do justice to Union law in their decisions (e.g. by referring to the Court, if needed, or by heeding its case-law of their own will) or be successfully subject to either an extraordinary appeal or a constitutional complaint should they fail to do so. In other words, if there does not seem to be a domestic venue readily available to hear breach of Article 267-based grievances, there does not seem to be a venue readily available to adjudicate damages claims to be employed in order to compensate for such a lack of venue in line with relevant Union law, either.

Granted, as long as “*the degree of judicial protection available to an individual is made dependent on the ability and creativity of the national judge to provide such a remedy*”,⁵⁴ even the minimum procedural standards to be applied uniformly across the Union “*may vary according to the judges’ knowledge of, and sensitivity to, European issues*”.⁵⁵

That may be fine as long as there is creativity fuelled by sensitivity. Let us consider some incidental data: in 8 years of Slovakia's Union membership, 14 preliminary references have been made to the Court, all by either the Supreme Court or the lower courts in one concrete area (Prešov). Only two of them have been decided on the merits so far and there is not a single decision of either the Supreme Court or the Constitutional Court which would hold the right to court violated because of breach of the referral duty. The first successful *Köbler*-based action for damages is yet to come, as well. Moreover, there is little to suggest that this will change any time soon.

In light of the ever expanding scope of Union substantive law, these numbers, even though far from conclusive, do suggest a heavy degree of under-enforcement of Union law in Slovak courts' proceedings and decision-making. Add to it the fact that at the written bar exams, no Union law issue is ever present, while at the oral bar exams, only one question (out of more than one hundred that an attorney applicant chooses from and, if she does in fact pick it, then only one out of sixteen that she must answer within *circa* an hour) relates to Union law, and the fact that Union law remains an optional rather than a mandatory subject of graduation exams at most law schools, and you get the picture: Union law remains a peripheral curiosity in many corners of the local legal environment. Due to such marginalisation, no matter how inadvertent it may be, the material access of individual litigants to their Union-based rights suffers from pervasive obstacles of various kinds and at various levels in Slovakia. The Union law is supreme for some, and non-existent for many.

⁵⁴ Lenaerts and Corthaut 2004, p. 29.

⁵⁵ See Eliantonio 2009, p. 7.

In jurisdictions like that of Slovakia, *Lyckeskog* (and *Cartesio*) will do nothing to reduce such an enforcement deficit.

2.4 “Systemic” Considerations

Dougan writes, “a substantial body of academic opinion ... argues that the only way genuinely to overcome the difficulties posed by the enforcement deficit is to construct a unified system of judicial protection in Europe”, adding that “what this solution means in practice is rarely articulated with any satisfactory degree of clarity”.⁵⁶ Another humble confession of mine is that I, too, am adding nothing in terms of clarity.

The diagnoses as well as the suggested cures are numerous, including, but not limited to, Union-wide legislation, further development of the Court’s case-law relating to the uniform effectiveness criteria, and sectoral differentiation.⁵⁷

I shall not discuss these options at all. I shall rather ask a simple question: what would it hurt if the answer to the first *Lyckeskog* question was different from the one given, and went something like this: if admissibility of a challenge to an appellate decision depends on the full discretion of the supreme court, it is not to be considered a judicial remedy within the meaning of Article 267 (3) TFEU. Or, in other words, if there is a court against the decision of which there is a remedy available only if a higher-instance court uses its discretion so as to allow it, then that court is not a court against the decision of which there is a judicial remedy available for the purpose of the referral duty under Article 267 (3).

If this goes too far—and it may seem to—, another option that a frustrated practitioner would welcome would consist of the application of the Strasbourg Court’s criteria for an effective national remedy. These criteria make a remedy available as long as it relates to the breaches alleged and at the same time is available and sufficient (*Vernillo v. France*, § 27);

“the existence of such remedies must be sufficiently certain not only in theory but also in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness; it falls to the respondent State to establish that these various conditions are satisfied” (*Johnston v. Ireland*, § 45; *Vernillo v. France*, § 27).

In other words, one is deemed not to be deprived of access to a lawful Union judge only if such access is made effective in practice, and it is up to the Member State to demonstrate that.

Such an approach would require an assessment of the real effectiveness (read availability) of the given remedy in practice and, thus, would make considerations applicable in the infringement proceedings (such as those in *C-129/00 Commission*

⁵⁶ See Dougan 2004, p. 98.

⁵⁷ For an exhaustive analysis of both the causes of, and remedies for, the enforcement deficit, see, e.g. Dougan 2004. For a different perspective, see, e.g. Lenaerts and Corthout 2004.

*v. Italy*⁵⁸) applicable also in individual cases, first and mostly at the national stage. It would not necessarily make things any clearer than they are now. Factors to be taken into account in such an assessment, however, do not have to be overly complicated, and are not overly complicated when applied by the ECHR. Once laid down by the Court, they would steer national courts in their assessment of whether they are indeed accessible to parties seeking the Court's engagement in the enforcement of Union law.

In addition, the outcome would often be the same as when assessed under the *Lyckeskog* criteria. But sometimes it would not. It seems obvious, at least if judged from the perspective of the Slovak jurisdiction I have discussed above, that in some instances it could make the preliminary reference procedure more available to individual litigants than it is now.

Therefore, I take the liberty to suggest that an answer more considerate of the practical implications of the different national litigational arrangements and thus more forthcoming to the appellate courts' mandatory participation in the colloquy with the Court would make individual litigants' access to the Court's interpretive engagement more readily available in some jurisdictions than it is now. By making that access more available, it would strengthen the potential for a more persistent implementation of the uniform-effectiveness requirement. And by implementing that principle in a more coherent manner, the Court would do more justice to the supreme-effectiveness claims it voiced in *Simmenthals*.

On the other hand, inducing appellate courts to use preliminary references more often than they do now, if only for fear of exposing themselves to *Köbler*-like liability, could have detrimental effects, too. By making appellate courts the principal bearers of the referral duty, the case load of the Court would most likely expand, perhaps dramatically. By allowing for a further expansion of the preliminary reference case load, the Court could in fact damage rather than help the prospects for effective judicial protection at the Union level, e.g. by making preliminary reference proceedings longer than they are.⁵⁹ Another concern may be that by (re)locating the source of authority for producing Union law-based judgments in sub-supreme courts rather than in the supreme ones, the *gravitas* of such judgments in the local legal milieu could suffer.

And yet, "imposing" the preliminary reference procedure onto appellate courts rather than supreme courts, by making their referrals mandatory when their decisions are immunised from further appeals by the discretionary filter of the cassation courts, would place the centre of the interpretational and applicational dialogue where it has the most beneficial effects for the primary clients of the national courts *cum* Union courts. In addition to making the Union-law dimension more immediately present in national litigation, it could also help national judges sitting on the sub-supreme courts feel more involved in the Union-wide judicial

⁵⁸ Case C-129/00 *Commission v. Italy* [2003] ECR 14367.

⁵⁹ It should be added here that the Court has managed considerably to reduce the length of Article 267 proceedings in the recent years.

colloquy. With responsibility comes influence, not only the other way around; giving a larger share of both to appellate judges may indeed make them approach Union law not as an obscurity fit only for contemplation within the ivory towers of non-trial courts or as a nuisance to be dealt with by the highest judicial echelons but as a means to increase their own role within the national judicial infrastructure.

Even if we are careful not to ignore the gravitational pull of the supreme courts' judicature, it seems safe to hold that the Union law will not penetrate some of the national juridical orders (especially those of the recently admitted Member States) to the degree it must if it is to become their living supreme law unless it is "admitted" to those procedural stages where the game really takes place. By admitted I mean made a decisive, central and uncircumventable feature of litigation and of the inter-party argumentational confrontation which it shapes and is in turn shaped by. To mandate that the Court's voice must be heard only at a stage where facts may not be reviewed and where oral proceedings are an exception rather than the rule (and in, e.g. Slovakia, an extremely limited exception at that) is to reduce the centrality of Union law's role in that of which the essence of adjudication actually consists.

Or maybe there is only one thing to be said: inasmuch as the Treaty could have been read differently at the time of *Simmenthals*, it could also have been read differently at the time of *Lyckeskog*. Returning to Kahn's political theology for the penultimate time, there is always "*a gap between form and judgment ... and norms are constrained from above and below: they neither create nor apply themselves*".⁶⁰ In short, "*there is no law outside of its application*"⁶¹ and what the law is "*is controverted until the decision maker tells us the answer*",⁶² even more so in situations in which the very core of the meaning of the norm is contested. "*There must be a decision before we can understand what the norms require*".⁶³

Both *Simmenthal* and *Lyckeskog* fit the Schmitt model of decision-making in that in both cases it was the will of the Court that determined the outcome. But while in the former instance, the Court directly decided for a norm (of a uniformly effective federal law), in the latter it indirectly decided against it. Partly, it has also done so in *Cartesio*.

2.5 *Cartesio*

Again, rather than duplicating all of the important passages, I shall emphasise only those which are essential to the issue at hand. The Court holds,

⁶⁰ Kahn 2011, p. 64.

⁶¹ *Ibid.*, p. 75.

⁶² *Ibid.*, p. 77.

⁶³ *Ibid.*, p. 83.

[I]t is for the referring court to draw the proper inferences from a judgment delivered on an appeal against its decision to refer and, in particular, to come to a conclusion as to whether it is appropriate to maintain the reference for a preliminary ruling, or to amend it or to withdraw it. (...)

In the light of the foregoing, the answer to the third question must be that, where rules of national law apply which relate to the right of appeal against a decision making a reference for a preliminary ruling, and under those rules the main proceedings remain pending before the referring court in their entirety, the order for reference alone being the subject of a limited appeal, the second paragraph of Article 234 EC is to be interpreted as meaning that the jurisdiction conferred by that provision of the Treaty on any national court or tribunal to make a reference to the Court for a preliminary ruling cannot be called into question by the application of those rules, where they permit the appellate court to vary the order for reference, to set aside the reference and to order the referring court to resume the domestic law proceedings. (§§ 96–98)

In sum, a lower-instance court may refer to the Court, and even if its referral is later quashed by a higher court, it is up to the referring court to decide to keep asking for the Court's interpretation or to relent.

When judged against the background of previous case-law,⁶⁴ *Cartesio* is a considerable step forward. The Court says all the right things, only to stop short of saying one more, one which would make its *dictum* a truly practical manual for the national trial courts. The principle of legal certainty is poised to suffer so long as it is possible for an appellate court to cancel the referral decision of a trial court while at the same it remains possible for the trial court to disregard such a decision in its proceedings. The only way to do away with such uncertainty is either to grant the trial court the right to refer, without the performance of that right being subject to review by a court other than the Court itself—*nota bene* if national review is not to have any legal implications, or to grant the appellate court the right effectively to amend/repeal the referral decision. The former option does justice to the wording and the purpose of Article 267, the latter denies it.

Without saying so, the help that *Cartesio* offers to the lower courts may prove limited. True, the Court tells them that they are free to disregard a contrary decision of a superior court. I do not know about other national legal systems, but in the one in which I happen to practice law, participate in its making and teach it, no court, whatever the instance, is to be expected to pretend that its referral decision was not cancelled by a superior court. Three reasons come to mind spontaneously, and are offered from a practical rather than a doctrinal perspective.

First, a judge schooled, trained and practising in a positivist legal culture tends to go by what is on a directly binding paper rather than by what he has to look for in the labyrinth of a supranational case-law. Sadly or not, an official decision arriving from the regional court telling the district court that it has cancelled its resolution No. 1234 of January 10, 2012 in the *Affaire X v. Y*, with an official stamp and all other formal prerequisites, carries much more weight with the addressee of

⁶⁴ See, e.g. Case 166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] ECR 33. For a discussion of other related cases, see Bobek 2010.

that decision than does *obiter dictum* in *Cartesio* or, for that matter, anywhere else in the European Court Reports.

Second, many lower court judges naturally do not shy away from seeking promotion to higher courts. The higher court judges often sit on selection panels. Why would you want to alienate them by telling them to leave you alone, as it is the Luxembourg court that you follow not the one on which you may want to sit a year or two from now? The peer pressure here is the pressure to abide by those whose role in your career development is incomparably more important than the rate at which your decisions conform to those of the Court.

Third, when making a referral decision in Slovakia a court both suspends the proceedings and refers to the Court by means of a single order. If this order (containing both the decision to suspend and the decision to refer) is cancelled by a higher court, the court is under a constitution-based duty to proceed with litigation, lest it should want to be challenged on undue delay grounds. The Court limits its holding in *Cartesio* to the situations in which the main proceedings remain suspended even if the referral decision is cancelled upon review. I do not know how that is possible in Hungary, but in Slovakia it is legally impossible to keep the proceedings suspended if the title for suspension (here being the referral) is cancelled by a higher court.

Now, is it reasonable to expect lower court judges to disregard all these—and other—considerations? Is it not much more likely that instead of submitting themselves to a procedural nightmare, they will opt not to seek the Court's interpretive engagement and let the higher echelons deal with any Union law dimension that there is in the case? And in doing so, treat the Union law as a big boys toy, to be played with only by those who know better?

Indeed, it seems likely that in some jurisdictions at least, *Cartesio* will have the effect of deterring rather than inducing sub-supreme courts to refer more frequently than they are used to. A simple question again: what would it hurt if the Court said simply that a national procedural rule capable of frustrating the lower court's right under Article 267 (2) must not be applied because it jeopardises the *effet utile* of that right? I understand the need on the part of the Court to proceed with subtlety when addressing the national judicial architecture as well as the Court's preference for, and expertise in, a refined, even delicate discourse. One might also object that the Court would make too excessive an intrusion into the mythical procedural autonomy of Member States⁶⁵ if it held that once the preliminary proceedings are begun by means of a lower court's referral, a higher-instance court is precluded from reviewing that decision. But there are reasons to think otherwise.

First of all, such a finding would not seem to be any more intrusive than *Factortame* or *Van Schijndel*. Second, it would give national courts a more practical and more transparent manual on how to proceed, preventing the sorts of

⁶⁵ For a discussion of the mythical nature of the Member States' procedural autonomy, see, e.g. Bobek 2011 and sources cited therein.

competence conflicts that are prone to surface in an arrangement where there may be two conflicting decisions as to the same matter. It would help national courts rather than, as *Cartesio* does, confuse them.

Third, there are a variety of ways readily available to the national systems to heed such a requirement. In Slovakia, for instance, there are procedural decisions which the legislator immunises from any kind of appeal.⁶⁶ Should the Court say that the ability of a party to contest a court's referral decision runs counter to Article 267 in that it may in practice frustrate the effects of such a decision, either the national courts would directly apply it in their decision-making in the same way that they are obliged to apply *Factortame*, *CILFIT*, *Foto-Frost*, *Van Schijndel*, *Peterbroeck*, *Emmott* and a quantum of others, or the national lawmaker would simply extend the catalogue of unappealable decisions to include a referral decision, regardless of the instance at which it happens.

2.6 *Hochdeutsch, Oxford English, Français soutenu*

Dougan lists four manifestations of the effectiveness principle:

(i) “*the effectiveness of subjective rights enjoyed by individuals under the Treaty as they are enforced against Member States or private parties*”; (ii) “*the effectiveness of provisions safeguarding the general interest as they are enforced against national authorities and individuals*”; (iii) “*the effectiveness of the preliminary reference procedure under Article 234 EC vis-a-vis domestic provisions which would inhibit the possibility of open dialogue between the Court and the national judges*”;

and

(iv) “*the effectiveness of procedural restrictions applicable before the Union courts under the Article 230 EC for annulment*”.⁶⁷

Of these four, *Lyckeskog* and *Cartesio* relate directly to the third one, i.e. to the “*effectiveness of the preliminary reference procedure*” as one of the crucial points of the Union's judicial architecture's “*intersection with national remedies and procedural rules*”.⁶⁸ But because of that, and because of the instrumental nature of the preliminary reference procedure, they necessarily relate to the first two, as well, i.e. to the effectiveness of protection which Union-made individual rights enjoy when enforced in national courts and to the effective execution of Union policies in Member States.

The two decisions serve to reduce—or at the very least not to improve—the availability to individual litigants of their access to the Article 267 procedure even though the quality of that access is a crucial variable in determining the

⁶⁶ These also include orders relating to the management of proceedings.

⁶⁷ See Dougan 2004, p. 27.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 45.

procedure's utility with regard to the administration of justice at the national level. Where the preliminary reference procedure operates as a litigational luxury and is used by courts more as a status symbol than as an operationally functional tool for arriving at the right decisions, a lack of effective access to it entails a lack of effectiveness of the procedure as such. In those jurisdictions where Union law is yet to take hold of legal practitioners' imagination and become standard equipment in their argumentational tool-boxes, both *Lyckeskog* and *Cartesio* fall short of facilitating the effectiveness of the preliminary reference procedure, as they serve to reserve it for a very limited milieu.

It does make a lot of sense to have high courts rather than lower ones pronounce seminal decisions. But favouring the role of supreme courts at the expense of sub-supreme ones where doing so does not further the cultivation of the Court's colloquy with national courts—where it, in fact, hampers such colloquy—may mean that the seminal decisions you let the supreme courts make are simply wrong from the Union law perspective and yet are subject to very questionable possibilities of redress. In addition, doing so has the added *malus* of relegating Union law to the higher spheres of national legal discourses, where not the daily bread of justice is made but rather *delicatessen* to be consumed only at special occasions are prepared.⁶⁹

Given that the effectiveness of the preliminary procedure is one of the fundamental ways of ensuring uniformly effective enforcement across the Union, the lack of the former undermines the latter. The enforcement deficit in turn undermines Union law's supremacy ambitions. The *Lyckeskog* and *Cartesio* decisions simply strip the *Simmenthals* decisions of their bite.

2.7 *The Court as a Gear Box*

But, again, there is maybe only one thing to be said: it is well nigh impossible to design a uniform system of decentralised enforcement of Union law because the circumstances in the different Member States—circumstances relating to the actual implementation of Union law in domestic proceedings—vary to a larger degree than can be effectively addressed, whether by legislation or by case-law. Some national arrangements are conducive to uniform enforcement by national courts of Union law, in other Member States the system works to deter rather than to invite judges and other practitioners to speak with the Court. In other words, not only the quality of individual litigants' access to the preliminary reference procedure but also factors determining this quality tend to vary from one Member State to another. Therefore, while the Court's reliance on the ability of local enforcement

⁶⁹ Needless to say, the Member States differ in this respect and in some jurisdictions sub-supreme courts may be more active than the supreme ones in fostering their colloquy with the Court. In other jurisdictions, especially those of the recently admitted Member States, the contrary seems to be the rule.

mechanisms to make the best use of the trans-national judicial colloquy may be warranted in some cases, it is unsubstantiated in many others and there is not much that the Court can do about that.

It might seem from the previous sub-sections that what I am in fact advocating is a multi-speed Europe in the area of Member States' procedural autonomy. If so, then I advocate this only as an instrument to do away with a multi-speed Europe in the area of Member States' standards of judicial protection available to rights of Union pedigree, especially the right to a lawful Union judge. It is, in a way, a variance on Dougan's call for a "*sectoral approach to Community intervention in domestic remedies and procedural rules*".⁷⁰ But while Dougan seems to suggest that not all segments of Union law need to be offered the same level of consideration in national procedures, I go in the opposite direction, arguing that if Union law is to produce equally supreme effects across all of the Member States, the Court's responses need to be tailored to the particular shortcomings of the respective national judiciaries as these shortcomings play out in their everyday practices.

It is as if some of the nannies that the Court employs to help it in raising the child to which it gave birth 60 years ago are, figuratively speaking, well-mannered, fluent in French and great with the kids, while others are inattentive, have short fuses, and welcome a different boyfriend to sleep over every other month. It may indeed be too difficult to devise house rules that would both give the conscientious nannies their freedom and due respect and also induce the slack ones to contribute more willingly. But once the butler lets the nannies run the daily commotion, he may find himself enmeshed in patterns and routines that undermine the fount of his authority.

The rules devised in *Lyckeskog* and *Cartesio* may make perfect sense in households where things run smoothly but make less sense in households where the butler has yet to assert himself and the child is being, well, somewhat neglected. The question therefore remains whether making more space in the Court's case-law to account for the specifics of those jurisdictions where Union law appears under-enforced would in any way hurt the institutional balance in those jurisdictions that have become more accustomed to view Union law through *Simmenthals* lenses.

3 "Simmenthalising" *Lyckeskog*

By having said what it did in the *Simmenthals* decisions, the Court has established an autonomous jurisdiction of a federal nature, the efficacy of which as a legal (rather than merely political) order depends largely on its ability continuously to

⁷⁰ See Dougan 2004, pp. 200 and ff.

produce uniform normative effects across its constituent jurisdictions. Some tenets of the *Lyckeskog* and *Cartesio* case-law threaten this ability.

Given that “*unlike law, sovereign power does not exist as an abstraction. Its nature is only its existence*”,⁷¹ allowing national courts to devise their own rules to govern litigants’ access to the mechanisms that can and do produce the uniform effectiveness of Union law may work to erode that law’s claims to supremacy. In the long run, it may also weaken the Court itself. In Kahn’s version of the Schmittian political theology,

*every governmental actor will claim the power to decide what the law means insofar as a legal norm appears relevant to carrying out his or her responsibilities. Those determinations will be controverted. Judicial determinations are no less capable of being challenged by others than are executive determinations. (...) That we settle into habits of governance should not lead us to believe that the point of decision is either incontrovertible or settled once and for all.*⁷²

It is by producing uniformly effective decisions that the Court legitimises the fact that it is making decisions at all. But if sovereign power indeed “*exists only in the act of decision itself*”⁷³ and “*it will be what it wills itself to be*”,⁷⁴ deciding for a norm of such ambitions as are those contained in the *Simmenthals* decisions is never a one-time performance; it requires deciding for many more norms. Not to decide for them, whether for tactical or for principled reasons, may help keep some important arteries at the right blood pressure, but it may at the same time help create clogs in some lesser veins, leading to malnutrition and then atrophy of the affected limbs first, which can in turn create greater risks for the overall well-being of the organism later on.

As Hart points out,

*the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.*⁷⁵

It is only by means of securing guarantees for such a concordant practice that the Court-made rule of recognition may be sustained as the supreme validity/effect criterion in every area of its jurisdictional reach. It is only by adjusting *Lyckeskog* and *Cartesio* that *Simmenthals* can survive.

⁷¹ Kahn 2011, p. 58.

⁷² Ibid., p. 84.

⁷³ Ibid., p. 39.

⁷⁴ Ibid., p. 50.

⁷⁵ Hart 1994, p. 110.

References

- Bellamy R, Castiglione D (1997) Building the Union: the nature of sovereignty in the political architecture of Europe. *Law Philos* 16:421–445
- Bobek M (2004) Porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce podle článku 234 (3) SES. C.H. Beck, Praha
- Bobek M (2010) Cartesio—appeals against an order to refer under Article 234 (2) of the EC Treaty revisited. *Civil Justice Q* 3:307–316
- Bobek M (2011) Why there is no principle of “Procedural Autonomy” of Member States. In: de Witte B, Micklitz H (eds) *The European Court of Justice and the autonomy of the Member States*. Intersentia, Cambridge
- Craig P, de Búrca G (2003) *EU Law. Texts, cases, and materials*, 3rd edn. Oxford University Press, Oxford
- Dougan M (2004) National remedies before the Court of Justice. Issues of harmonisation and differentiation. Hart Publishing, Portland
- Dworkin R (1986) *Law’s Empire*. Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge
- Eliantonio M (2009) The future of National Procedural Law in Europe. Harmonisation vs. judge-made standards in the field of administrative justice. *Electron J Comp Law* 13.3. <http://www.ejil.org/133/art133-4.pdf>
- Hart HLA (1994) *The concept of law*, 2nd edn. Clarendon Press, Oxford
- Hartley TC (1998) *The foundations of European Community law*, 4th edn. Oxford University Press, Oxford
- Kahn P (1997) *The reign of law. Marbury v. Madison and the construction of America*. Yale University Press, New Haven
- Kahn P (2011) *Political theology. Four new chapters on the concept of sovereignty*. Columbia University Press, New York
- Lenaerts K, Corthaut T (2004) Judicial review as a contribution to the development of European constitutionalism. In: Tridimas T (ed) *European Union law for the twenty-first century*, vol 1. Hart Publishing, Oxford
- Pattaro E (2005) *The law and the right. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, vol 1. Springer, Dordrecht
- Schmitt C (2005) *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty* (trans Schwab G). Chicago University Press, Chicago
- Shiner RA (2005) *Legal institutions and the sources of law. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, vol 3. Springer, Dordrecht
- Van Gerven W (2000) Of rights, remedies and procedures. *Common Mark Law Rev* 37:501–536
- Zetterquist O (2008) The judicial deficit in the EC—knocking on heaven’s door? In: Bernitz U et al (eds) *General principles of EC law in a process of development*. Kluwer Law International, The Hague

Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law

Takis Tridimas

Abstract This paper examines two aspects of the interplay between the ECJ and the national courts. It first looks at the degree of specificity of the rulings delivered by the ECJ in preliminary references. It distinguishes three categories of cases depending on the degree of specificity (outcome, guidance and deference) and seeks to explore the rationale and function of each. It then looks at the role of national courts in building the edifice of EU law and the varying ways in which they perceive the preliminary reference procedure. It concludes that the process towards the constitutionalisation of the EU Treaties could not have advanced without the cooperation of the national courts. While such cooperation has taken a variety of forms ranging from encouragement to acquiescence, national courts have essentially played a very constructive role in legitimating integration.

1 Introduction

A distinct feature of the EU constitutional order is that it is supported by a decentralised system of justice. EU rights are enforced both by the Court of Justice and by national courts. Indeed, from the point of view of the individual, national

Sir John Lubbock Professor of Banking Law, Queen Mary College, University of London and Visiting Professor, College of Europe, Bruges.

T. Tridimas (✉)
Queen Mary College University of London,
London, UK
e-mail: t.tridimas@qmul.ac.uk

courts are the primary venues for their protection. This decentralisation results from the principle of direct effect which, in conjunction with the preliminary reference procedure, enables the adjudication of EU rights in national courts and unleashes the potential of “dual vigilance”. Direct effect and the preliminary reference process bestow EU norms with an immediacy which is of profound constitutional importance: it has resulted in dismantling the nation-state’s monopoly to grant rights to citizens. As it has elegantly been put, the result of *Van Gend en Loos*¹ was “to take Community law out of the hands of politicians and bureaucrats and to give it to the people”.²

National courts perform a key function not only in enabling individuals to question Member State choices but also in enabling them to challenge the legality of EU action. The restrictive standing of individuals to bring direct proceedings for judicial review often makes indirect challenge before national courts the only viable option. Despite the limited liberalisation of *locus standi* by Article 263(4) TFEU, the Treaty of Lisbon has endorsed and formalised this decentralised model of justice. Article 19(1) TEU mandates Member States to provide remedies sufficient to ensure effective legal protection. This provision serves to underline that national courts play an important part in the application and enforcement of Union rights. It is, however, not only a recognition but also a stipulation. It strengthens the principle of effectiveness and creates expectations from the national law of remedies. Indeed, in the last ten years, the case-law has placed more reliance on the principle of effectiveness as a constraining factor on Member State action than had hitherto been the case. Furthermore, Article 19(1) seeks to counterbalance the restrictive *locus standi* under Article 263(4) TFEU by mandating Member States to fill the remedial gap left by the strict interpretation of direct and individual concern. All in all, Article 19(1) formalises the pattern of decentralised judicial review favoured by the ECJ and emphasises the principle of effectiveness.

The bifurcated system of justice established by the Treaty requires close co-operation between the ECJ and the national courts. This chapter will focus on two aspects of that co-operation: the varying degrees of specificity of the rulings delivered by the ECJ in the course of the preliminary reference procedure; and the role of national courts in building the edifice of EU law. Both aspects illustrate that the interaction between the two branches of the EU judiciary is vital for the effective functioning of EU law.

¹ Case 26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECR 1.

² Mancini and Keeling 1994, p. 183.

2 Regulating the Flow of Judicial Guidance

2.1 Outcome, Guidance and Deference

In providing answers to preliminary references, the ECJ enjoys significant discretion as regards the specificity of its ruling. It may be concrete and prescriptive or leave margin for input by the referring court. This aspect of its jurisdiction operates as a constitutional valve: it regulates the flow of judicial direction and determines whether review of national choices is carried out solely by the ECJ or shared with the national judiciaries.³

One may distinguish three categories of cases depending on the specificity of the ruling. The ECJ may give an answer so specific that it leaves the referring court no margin of manoeuvre and provides it with a ready-made solution to the dispute (*outcome cases*); it may, alternatively, provide the referring court with guidelines as to how to resolve the dispute (*guidance cases*); finally, it may answer the question in such general terms that, in effect, it defers to the national judiciary on the point at issue (*deference cases*). Guidance and deference may be seen as illustrations of judicial subsidiarity: the ECJ appoints national courts as its agents and asks them to fulfil their part of the bargain. The outcome approach may be seen as a sign of leadership although, as we shall see, leadership and activism may be pursued also through deference. The distinction among the three approaches is particularly striking in two areas: the application of proportionality and the application of the principles of equivalence and effectiveness under the *Rewe* and *Comet* case-law.⁴ It is however present in all areas of EU law.⁵

Outcome cases account for a substantial part of the case-law although numerically they are not as many as guidance cases. Thus, to give but two examples, in *Caixa Bank*,⁶ the Court held that French law which prohibited banks from paying interest on current accounts was in breach of the right of establishment. In *Grundig Italiana SpA v Ministerodelle Finanze*,⁷ it found that, in the circumstances of the case, the time limit of ninety days provided by Italian law for claiming reimbursement of consumption taxes levied in contravention to EU law was insufficient. It should be stressed that, where the Court follows the outcome

³ For a detailed explanation of this argument, see Tridimas 2011, p. 737.

⁴ According to established case-law, in the absence of EU rules, the protection of EU rights is subject to national rules of procedure and remedies provided that such rules are not less favourable than those governing similar rights under national law (principle of equivalence) and they do not render the exercise of EU rights excessive, difficult or virtually impossible (principle of effectiveness). See Case 33/76 *Rewe v Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989; Case 45/76 *Comet v Productschap voor Siergewassen* [1976] ECR 2043.

⁵ See e.g. in relation to non-discrimination, Case C-453/08 *Karanikolas v Ministry of Agriculture*, judgment of 2 September 2010.

⁶ Case C-442/02 *Caixa Bank France v Minister for the Economy* [2004] ECR I-8961.

⁷ Case C-255/00 *Grundig Italiana SpA v Ministerodelle Finanze* [2002] ECR I-8003.

approach, it does not make findings of fact but reaches a conclusion on a question of law. It decides, based on the facts of the case as provided in the order for reference, on how the correct interpretation of EU law requires the dispute to be resolved in the circumstances of the case. Nonetheless, the difference between making findings of fact and providing an outcome may sometimes be difficult to draw and give rise to problems in national proceedings.⁸

In guidance cases, the ECJ sets parameters and provides the national court with guidelines which it must take into account in resolving the dispute. The ECJ has stated that, where appropriate, it will provide clarifications designed to give the national court guidance in its interpretation and in evaluating the compatibility of national law with EU law.⁹ Such guidance may be detailed or more general depending on the circumstances of the case. An example of detailed guidance is provided by *Familiapress*.¹⁰ Guidance is often accompanied by exclusions where the ECJ explains which parts of national law are not compatible with EU law.¹¹ It may also take the form of a quasi-presumption: the ECJ sets a principle but accepts the possibility of exceptions. An example of this is provided by *Zenatti*¹² which related to the compatibility of Italian betting laws with the free movement of services. Such presumption cases are closer to the outcome approach in that the Court takes a stance as to whether the national legislation at issue is compatible with EU law and gives an amber light to the national court. Even in cases where the ECJ provides guidance and not a concrete outcome, its intervention may have important repercussions. Guidelines alter the mix of interests that must be taken into account by the national administration or legislature in determining the outcome of the decision making. Judgments on the interpretation of the free movement provisions of the Treaty will often preclude the application of certain criteria applicable under national law or introduce criteria that must be taken into account by national agencies effectively transforming what under national law appears to be a black and white choice into a multi-dimensional game.¹³

⁸ See *Arsenal Football Club Plc v. Reed (No.2)* [2003] 1 All E.R. 137; reversed on appeal: [2003] EWCA Civ 96.

⁹ See e.g. Case C-255/02 *Halifax v Commissioners of Customs and Excise* [2006] ECR I-1609, para 77; Case C-238/05 *Asnef-Equifax and Administración del Estado* [2006] ECR I-11125, para 40; Case C-79/01 *Payroll and Others* [2002] ECR I-8923, para 29; Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi* [2006] ECR I-6619, para 48.

¹⁰ Case C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und Vertriebs GmbH v Bauer Verlag* [1997] ECR I-3689.

¹¹ See e.g. Joined Cases C-46 and 48/93 *Brasserie du Pêcheur v Germany and the Queen v SS for Transport ex parte Factortame* [1996] ECR I-1029 where the ECJ explained which conditions of liability applicable under English and German law made excessively difficult the protection of Community rights.

¹² Case C-67/98, *Questore di Verona v Diego Zenatti* [1999] ECR I-7289. For another example, see Case C-405/98 *Gourmet* [2001] ECR I-1795.

¹³ See e.g. Case C-372/04 *Watts* [2006] ECR I-4325 on the application of Article 56 TFEU on medical services.

One of the most interesting guidance cases is *Viking*,¹⁴ which concerned the compatibility of trade union strike action with the freedom of establishment. The Court held that the strike action was a restriction on the right of establishment but that it could, in principle, be justified by the protection of workers on condition that it was proportionate. It then provided two sets of guidelines, general guidance pertaining to the balance to be drawn between free movement and social protection and more specific guidance for findings to be made by the national court.¹⁵ The Court further held that, insofar as a trade union pursued a general policy against flags of convenience, the resultant restrictions on freedom of establishment could not be objectively justified. In *Viking* the Court was faced with a fundamental conflict between, on the one hand, upholding free market ideals and enabling states and private actors to take advantage of EU enlargement to the East and, on the other hand, avoiding social dumping. The ECJ provided guidelines but the scope left for the referring court's intervention was ample and creative. Although the generality and ensuing ambivalence of the ruling makes it difficult to establish victors and victims, it may be said that, in terms of risk allocation, it favours free movement and gives less to workers and trade unions than proponents of social Europe would have wished.

In deference cases, the ECJ provides a ruling *in abstracto* leaving it to the national court to assess the compatibility of national law at issue in the proceedings or apply a principle of EU law in the circumstances of the case. Deference cases are numerically fewer. Examples are provided by the pre-*Keck* Sunday trading cases, where the ECJ was hesitant and somewhat unhelpful with regard to the compatibility of Sunday trading laws with the free movement of goods.¹⁶ Further examples are provided by the judgment in *Konle*¹⁷ and *Manfredi*¹⁸ on liability, *ERT*¹⁹ on the application of fundamental rights on national measures and *Akrich*²⁰ on respect to the right for family life.

2.2 Criteria Determining the Specificity of the Ruling

The determination of the specificity of the ruling is not a random exercise. The Court makes a conscious choice. What criteria then may be relevant in determining

¹⁴ Case C-438/05 *International Transport Workers Federation & Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP* [2007] ECR I-10779; see also Case C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* [2008] ECR I-11767.

¹⁵ *Viking* 2007, paras 81 et seq.

¹⁶ See Case 145/88 *Torfaen BC v B & Q* [1989] ECR 3851; Case C-169/91 *Council of the City of Stoke on Trent v B & Q* [1992] ECR I-6635.

¹⁷ Case C-302/97 *Konle v Republic of Austria* [1999] ECR I-3099.

¹⁸ Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Manfredi v Lloyd Adriatico* [2006] ECR I-6619.

¹⁹ Case C-260/89 *ERT* [1991] ECR I-2925.

²⁰ Case C-109/01 *Akrich* [2003] ECR I-9607.

the degree of specificity? Although there is no intention here to provide an exhaustive list, the following factors may be identified.

First, the compatibility of a national measure with EU law may depend closely on the evaluation of the facts, the interpretation of national law or the interaction between EU and national law. In such cases, the national court will be much better placed, or indeed the only well-placed, to provide an outcome. The factual background may be important, for example, in determining whether the requirements of EU legislation are fulfilled²¹ or assessing the proportionality of a national penalty.²² Similarly, the compatibility of a national measure may depend on the prior interpretation of national law,²³ or ascertaining its objectives²⁴ or the interaction between EU and national law.²⁵ Another factor influencing the specificity of the ruling is the need for economic analysis. It would not be possible for the ECJ to reach an outcome where the compatibility of a measure with EC law depends on its actual economic effects on free movement.²⁶

The assessment of a national measure may also depend on concepts or perceptions that are closely linked to the national polity and which can be better assessed by the national courts. This is the case, for example, with the concept of average consumer for the purposes of determining whether there is a likelihood of confusion in the context of trademark protection.²⁷ Specificity may be demand-led: the referring court may phrase its question in such specific terms that the ECJ will be pushed to providing an interpretation of EU law closely linked to the facts. Although in some cases this may be inevitable, the wisdom of this approach may, in general, be disputed.²⁸ A related factor which may influence the specificity of rulings is that the judgment may be the result of a continuing conversation between the ECJ and the national courts. Where the national courts make successive references on the same issue, the ECJ may become more specific in its rulings, elaborating on the meaning of previous judgments.²⁹

²¹ See e.g. Joined Cases C-414 to 416/99 *Zino Davidoff v A & G Imports Ltd* [2001] ECR I-8691.

²² Case C-262/99 *Louloudakis v Greece* [2002] ECR I-5547.

²³ See e.g. Case C-302/97 *Konle v Republic of Austria* [1999] ECR I-3099.

²⁴ See e.g. Case C-341/08 *Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* [2010] ECR I-47.

²⁵ Case C-63/01 *Evans v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and the Motor Insurers' Bureau* [2003] ECR I-14447.

²⁶ See e.g. Case C-12/02 *Grilli* [2003] ECR I-1017. For another example in this category, see *Familiapress*, 1997.

²⁷ See e.g. Case C-48/05 *Adam Opel AG v Autec AG* [2007] ECR I-1017, para 25.

²⁸ See the criticism expressed by Jacobs AG in Case C-349/95 *Loendersloot* [1997] ECR I-6227, at 6239 and Sharpston AG in Case C-348/04 *Boehringer Ingelheim KG v Swingward Ltd (Boehringer II)* [2007] ECR I-3391, Opinion of Sharpston AG, para 3.

²⁹ See e.g. the cases concerning the defence of “passing on”: Case 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* [1983] ECR 3595; Joined cases C-192 to C-218/95 *Comateb and Others v Directeur Général des Douanes et Droits Indirects* [1997] ECR I-165; cf. Case C-147/01 *Weber's Wine World and others* [2003] ECR I-11365.

The ECJ may provide the referring court with a ready-made solution where it wishes to provide leadership. In this respect, outcome cases illustrate the directed use of judicial power. Thus, outcome may be associated with a departure from precedent as in *Keck*³⁰ or the introduction of a new principle as in *Köbler*.³¹ An area of the law where the outcome approach has featured prominently is the protection of fundamental rights. In the last decade, the ECJ has both widened and deepened its fundamental rights jurisdiction, and also become more prescriptive as to the standards of review. This heightened attention to fundamental rights has been accompanied by a more extensive use of outcomes. The Court's deferential approach in *ERT*³² has given way to a much more prescriptive one and in an increasing number of cases, such as *Schmidberger*, *Carpenter* and *Omega Spielhallen* the Court provided outcomes leaving effectively no margin of discretion to the referring court.³³

Reaching an outcome does not necessarily mean taking a more *communautaire* approach: The ECJ may uphold national standards acting itself as an agent of the national constitutional polity. This occurred, for example, in *Omega*³⁴ where the ECJ accepted that the right to human dignity as protected by the German Basic Law could trump the free movement of services. Also, an outcome may serve to delimit a new principle that intrudes on national sovereignty. In *Köbler*³⁵ the ECJ extended state liability to breaches of Community law arising from the national judiciary but came to the conclusion that, in the circumstances of the case, the judgment of the Austrian Supreme Administrative Court did not amount to a manifest breach. This served to provide a benchmark that state liability for judicial decisions will only be engaged in exceptional circumstances. *Köbler* is an example of a case where the ECJ used outcome to delineate the limits of a new principle, foreclose the possibility of its outlandish extension, and mitigate its effects.³⁶ *Köbler* also illustrates another use of the outcome approach, i.e. that of serving as a litigation valve. The specificity of the ruling may signal finality and seek to discourage further litigation. The specificity of the ruling is thus "politically"

³⁰ Cases C-267/91 and C-268/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097.

³¹ Case C-224/01 *Köbler v Austria* [2003] ECR I-10239.

³² Case C-260/89 *ERT* [1991] ECR I-2925.

³³ See Case C-112/00 *Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge* [2003] ECR I-5659; Case C-60/00 *Carpenter v. Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279; Case C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] ECR I-9609. See further Case C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH* [2004] ECR I-3025 and Joined Cases C-20 and C-64/00 *Booker Aquaculture Ltd & Hydro Seafood GSP Ltd v Scottish Minister* [2003] ECR I-7411 where the ECJ also provided outcomes in relation to the application of fundamental rights.

³⁴ *Omega*, 2004.

³⁵ *Köbler*, 2003.

³⁶ For a subsequent case where the ECJ provided guidance on liability for judicial acts, see Case C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA v Italy* [2006] ECR I-5177.

neutral. It does not necessarily mean that the ECJ will take an approach more favourable to EU integration or to national interests.

In some cases where the Court breaks new ground, reverses precedent or rules on an important provision which is general in scope, its guidelines acquire almost a quasi-legislative character. This was the case, for example, in *Rewe and Comet*,³⁷ where the ECJ articulated the principles of equivalence and effectiveness for the protection of Community rights in national courts, in *Keck*,³⁸ where it redefined the scope of application of Article 28 (now Article 34 TFEU), and in *Altmark*,³⁹ where it provided guidelines on whether state subsidies granted to an undertaking responsible for discharging public service obligations are caught by the rules on state aid. In such cases, the judgment acquires a heightened precedential value and much of the subsequent case-law turns on applying and refining the judicial guidelines in a process no different from the building of the common law by Anglo-saxon courts.

2.3 *Is There An Optimum Approach?*

The outcome approach presents some clear advantages. The ECJ ruling concludes the EU law—related aspects of the dispute and avoids further delays and costs. It leaves the litigants and the referring court with a feeling of fulfilment proving that the reference was worth making. But it is not without disadvantages. Used inappropriately, it may bring the ECJ close to applying the law on the facts thus exceeding its function under the preliminary reference procedure. National courts may resent what they perceive as the usurpation of their own jurisdiction although it appears that, in practice, this is rarely a problem.⁴⁰ More importantly, excessive specificity may lead the court to be pre-occupied with the facts of the case, encourage over-centralisation and detract from the Court's fundamental function which is to promote uniform interpretation of the law and oversee the EU's judicial universe. Although it may be favoured by the parties to the dispute, excessive recourse to the outcome approach might in fact reduce rather than help legal certainty. The more specific the ruling, the more difficult it becomes to derive the elements of principle in the judgment and the less the precedential value of its rulings. Outcomes may encourage more litigation and increase competition rather than cooperation between the ECJ and the national judiciary.

³⁷ Case 33/76 *Rewe v Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989; Case 45/76 *Comet v Productschap voor Siergewassen* [1976] ECR 2043.

³⁸ *Keck*, 1993.

³⁹ Case C-280/00 *Altmark Trans GmbH v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* [2003] ECR I-7747.

⁴⁰ See *Arsenal v Reed*, 2003.

The guidance approach, on the other hand, has its own mix of merits and drawbacks. The referring court, and the litigants, may be left with a feeling of incompleteness.⁴¹ The more general and vague the ruling, the higher the risk that national courts will hesitate to make references “patriating” instead concepts of EU law and thus prejudicing its uniform interpretation. Such drawbacks are extenuated in the case of deference. On the positive side, guidance offers the national courts a stake not only in the application of EU law, which in many cases they will be best equipped to do, but also in the shaping of the EU legal order. In constitutional terms, guidance is a means of inviting the national courts to partake in the construction of the EU edifice and giving them a stake in the articulation of the rule of law. The national judiciaries have the opportunity to mould EU principles to the particularities and sensitivities of their legal system. The guidance approach seems, perhaps, more in keeping with the doctrine of *acte clair*. If the ECJ is prepared to allow national courts to use their initiative in filtering out points of interpretation which are so clear as not to merit separate judicial determination, *a fortiori*, in areas where specificity is not warranted, the Court should concentrate on laying down principles, entrusting outcomes to the national jurisdictions. It should be noted, in this context, that a reference is not a dialogue between the ECJ and the referring court but a conversation with all national polities. A case referred from a court of one Member State may have equally, or even more, profound repercussions in other States. Guidance accommodates experimentation at national level and seems more in keeping with the model of co-operative federalism.

3 The Role of National Courts

We turn now to examine the role of national courts in building the edifice of EU law. Their contribution can take place in direct conversation with the ECJ or through a silent dialogue in the context of national adjudication. One may identify, in particular, the following functions. National courts control access to the Court of Justice by being the gatekeepers of the preliminary reference procedure. They also give effect to the Court’s preliminary rulings. More generally, they apply EU law. This role is understated but crucial. What reaches the ECJ is the tip of the iceberg. The vast majority of EU claims are adjudicated at national level. Indeed, in a well-functioning system of justice, national courts should filter out, either by rejecting or accepting, most EU law claims and refer only those which give rise to genuine ambiguity. Furthermore, in the context of national constitutional adjudication, national courts may articulate their own ideas about the relationship between EU law and national law, and show green, amber or red lights. To mention but two of the most notable examples, in the *Maastricht Treaty* and the *Lisbon Treaty* cases,

⁴¹ For a case where the guidelines provided by the ECJ gave rise to uncertainty and needed to be interpreted by the UK Supreme Court, see *OB v Aventis Pasteur* [2010] UKSC 23.

the *Bundesverfassungsgericht* articulated its own vision of the integration construct.⁴² Finally, national courts influence indirectly the development of EU law through the process of interpretation of national law. The judicial elaboration of national law concepts may inform, directly or indirectly, the development of EU law and influence both legislative outcomes at EU level and pronouncements by the ECJ.

Within the confines of the present chapter, we will focus on selected aspects of the preliminary reference procedure. There are important variations as regards the number of references, the areas of law which they concern and the level of courts from which they originate in the various Member States. Many factors account for those variations, including differences in the national judicial and procedural systems, the inclination of the national courts to think federal and their familiarity with EU law. English courts, for example, have traditionally been selective in the use of the preliminary reference procedure. The traditional reluctance of English courts to make references may be attributed to a number of factors. First, at least in the early years of EC membership, the common law tradition led to a methodological alienation from Community law. Also, in a culture where the judge makes the law, passing the resolution of the dispute to another authority may be viewed as indecisiveness. English courts appear to subject any request for a reference to a rigorous cost-benefit analysis taking into account, among other things, the likelihood, in the light of the existing ECJ authorities, of the court getting the EU point wrong if it decided it without making a reference. They also appear to attribute particular importance to considerations of judicial efficiency and the impact of the reference on the length of proceedings. In sum, English courts operate on the basis of the presumption “if in doubt, decide yourself” whilst some of their continental brethren subscribe to the view “if in doubt, refer”. This must be read subject to two provisos. In the last twenty years, the number of references by English courts has increased both in absolute terms and by comparison to some other Member States, e.g. France.⁴³ Also, notably, there is one area where English courts account

⁴² *Maastricht Treaty case*[1994] 1 CMLR 57; *Lisbon Treaty case*, Judgment of 30 June 2009, available at http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

⁴³ See the data published in the Court of Justice of the European Union Annual Report 2011, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-03/ra2011_stat_cour_provisoire_en.pdf.

for a disproportionately high number of references. They have made more references⁴⁴ on State liability than the courts of any other Member State.

From the point of view of national courts, the preliminary reference procedure may serve various functions. It is a way of questioning national law or the choices of national authorities. Since Member States have formally declared their commitment to abide by EU law, EU norms form part of the courts' own internalised notion of justice which they are committed to protecting. More specifically, a preliminary reference may also be seen as a way of questioning the interpretation of national law followed by a superior court. In that respect, Article 267 TFEU has brought about a realignment of powers within the national judiciary. Indeed, given that *Köbler* only applies *in extremis*, perhaps the most effective way of correcting the failure of a final instance court to make a reference is the discretion of a lower court to refer the same point of law in a subsequent case.⁴⁵ In some cases, references may also be a way of resolving disagreements within the national court.⁴⁶

Many references are an exercise in clarification. The national court seeks to clarify a previous ECJ ruling and its implications in different factual circumstances. This function of the preliminary reference procedure acquires particular importance where the ECJ makes an important pronouncement of principle, as for example in recent cases on citizenship,⁴⁷ where it extends an existing principle to a new area of law or where a national measure,⁴⁸ which is representative of a trend in many Member States, comes to be questioned.⁴⁹

⁴⁴ These cases are the following: Joined Cases C-46 and 48/93 *Brasserie du Pêcheur v Germany and the Queen v Secretary of State for Transport ex parte Factortame* [1996] ECR I-1029; Case C-392/93 *British Telecommunications* [1996] ECR I-1631; Case C-5/94 *Hedley Lomas* [1996] ECR I-2553; Case C-66/95 *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte Sutton* [1997] ECR I-2163; Case C-127/95 *Norbrook Laboratories v MAFF* [1998] ECR I-1531; Joined Cases C-397/98 and C-410/98 *Metallgesellschaft Ltd and Hoechst AG v Commissioners of Inland Revenue* [2001] ECR I-1727; Case C-63/01 *Evans v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and the Motor Insurers' Bureau* [2003] ECR I-14447; Case C-278/05 *Robins and Others* [2007] ECR I-1053; Case C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue (Test Claimants I)*, judgment of 12 December 2006; Case 524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue (Test Claimants II)* [2007] ECR I-2017; Case C-452/06 *The Queen on the application of Synthon BV v Licensing Authority of the Department of Health* [2008] ECR I-7681;.

⁴⁵ See, for an example, Case C-285/98, *Kreil* [2000] ECR I-69.

⁴⁶ See e.g. Case C-81/09 *Idrime Tipou AE v Ipourgou Tipou kai Meson Mazikis Enimerosis*, judgment of 21 October 2010.

⁴⁷ See e.g. Case C-34/09 *Zambrano*, judgment of 8 March 2011 and Case C-256/11 *Dereci v Bundesministerium für Inneres*, judgment of 15 November 2011.

⁴⁸ See e.g. the successive generations of cases following the ruling in Case C-279/93 *Schumacker* [1995] ECR I-225 which applied the free movement provisions of the Treaty on direct taxation.

⁴⁹ See e.g. the golden share cases, e.g. Case C-112/05 *Commission v Germany* [2007] ECR I-8995, and the gambling cases, e.g. *Zenatti*, 1999.

A reference may also be seen as a way of questioning a previous ruling of the ECJ. In cases where national courts disagree with a ruling, they may refer again the same or similar questions asking the Court to reconsider. This may be seen as protest through co-operation since the national court fulfils its part of the bargain under Article 267 TFEU. As successive references are made, the referring courts may ventilate the legal and factual context in which the issues arise, refine their queries and, ultimately, induce a more favourable reply from Luxembourg. The courts of some countries, such as Germany or Greece, are more willing to engage in such disagreement dialogue.⁵⁰

The preliminary reference procedure may acquire a different function in situations of extreme constitutional conflict. This is illustrated by the Maastricht Treaty Ratification case⁵¹ of the Danish Supreme Court. That Court acknowledged that domestic courts cannot declare an EU measure inapplicable in Denmark without the question of its compatibility with the Treaty having first been tried by the ECJ. It also accepted that Danish courts can generally base their decision on decisions by the ECJ. It held however that they have jurisdiction to declare an EU act inapplicable in the extraordinary situation where it could be established with certainty that an EU act which has been upheld by the ECJ lies beyond the surrender of sovereignty allowed by the Danish Act of Accession. The judgment of the Danish Supreme Court views the preliminary reference procedure in a different light. The authority of the ECJ is respected but, in effect, the duty of co-operation envisaged in Article 267 is reversed. A Danish court must give to the ECJ the opportunity to rule on the validity of an EU act but *in extremis* it retains power to declare the act invalid despite a contrary pronouncement by the ECJ. Thus, in some cases, the reference may be seen as an invitation to the ECJ to respect the standards of the national constitution, an opportunity to repent, rather than a request for assistance.

The Danish Supreme Court is not the only one which reserves itself ultimate authority to review the compatibility of EU law with the national constitution. This conflict, however, remains at a theoretical rather than practical level and no head-on collision has so far occurred.

4 Conclusion

The influence of the Court of Justice in the development of EU law has been extraordinary and unprecedented. The protection of citizen rights and the promotion of liberal values have been the Court's greatest achievements in its

⁵⁰ For a notable example from Germany, which led the ECJ to change its case-law, see Case C-269/90 *Technische Universität München* [1991] ECR I-5469. See also the Greek company law cases, including Joined Cases C-19 and C-20/90 *Karellas* [1991] ECR I-2691; Case C-441/93 *Pafitis* [1996] ECR I-1347; C-373/97 *Diamandis v Elliniko Domosio* [2000] ECR I-1705.

⁵¹ *Hanne Norup Carlsen and others v Prime Minister Poul Nyrup Rasmussen* [1999] 3 CMLR 854, Judgment delivered on 6 April 1998.

sixty-year history. The preliminary reference procedure has been a major facilitator of constitutional change leading, together with the principle of direct effect, to the dismantling of the State's monopoly in granting rights.

As shown in the above analysis, in delivering its rulings in preliminary references, the ECJ enjoys discretion with regard to the specificity of its rulings. The level of specificity of the ruling depends on a number of factors connected both with the reference in question and, more broadly, with the way that the Court perceives its function. Whilst it is not possible to determine *a priori* an ideal level of specificity, guidance rather outcome appears the desired default position. Drawing the balance between guidance and outcome is not an easy task. Suffice it to say that the fundamental function of the preliminary reference procedure is to achieve the uniform interpretation of EU law and, at a more abstract level, ensure that the law is observed. The ECJ is entrusted by the founding Treaties to be the agenda setter of EU law interpretation. It is not its task to adjudicate on the facts of each particular case or to resolve every conceivable conflict between national law and EU law.

In the decentralised system of EU justice, judicial protection is, and could only be, the result of a joint effort. The process towards the constitutionalisation of the EU Treaties could not have advanced without the co-operation of the national courts. Such co-operation has taken a variety of forms ranging from encouragement to acquiescence. National courts have not been merely passive receivers of EU law but they have influenced the ECJ and the development of EU law. They may criticise previous rulings or invite the Court to reconsider but, essentially, they have played a constructive role in building the EU edifice. This in itself is a sign of the success of the EU construct.

References

- Mancini G, Keeling DT (1994) Democracy and the European Court of Justice MLR 57:175
Tridimas T (2011) Constitutional review of Member State action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction. Int J Const Law 9:737–756

The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU

Ingolf Pernice

Abstract Given some important amendments of the European Treaties and recent case-law of the courts at the European and national levels this article seeks to establish to what extent the fundamental right to an effective remedy and judicial protection of rights and freedoms guaranteed by Union law (Article 47 of the European Charter of Fundamental Rights) is given effect. It honours the jurisprudence of the ECJ for the 60 years of its existence, and it pleads for a broad interpretation to be given to Article 263 (4) TFEU as a new opportunity to ensure access to justice for the individual being directly affected by the provisions of a Union regulation. Looking at the national level, note is taken of the achievements, but also of the difficulties of the German Federal Constitutional Court to ensure that German courts refer cases to the ECJ when the rights or freedoms of individuals are at stake. Yet, a comparative study would be needed in order to assess the situation in other Member States in implementing their respective duties under Article 19 (1) TEU.

Professor Dr., Doctor Honoris Causa, Walter Hallstein-Institute for European Constitutional Law. The author expresses his deep gratitude to Mattias Wendel for having so promptly revised the draft and helped to complete it.

I. Pernice (✉)
Humboldt-University of Berlin, Berlin, Germany
e-mail: ip@whi.eu

1 Introduction

The European Union has been established as a Community based on the rule of law.¹ Not only the Preamble of the Treaty on European Union (TEU) in its second and fourth recitals refer to the rule of law, but also Article 2 TEU includes among the fundamental values of the Union the rule of law and respect for human rights. One decisive element of the rule of law is the principle of effective judicial control. Accordingly, the Court has recognised the “principle of judicial control” already in the *Johnston* judgment of 1986 as a “general principle of law which underlies the constitutional traditions common to the Member States”.² Its jurisprudence also reflects general guarantees of international law such as Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights (1948), Article 14 (1) of the UN Covenant on Civil and Political Rights as well as Articles 6 (1) and 13 of the European Convention on Human Rights. As a result, Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR) provides for everyone the right to an effective remedy³ and to a fair trial.⁴

It seems to be far from clear, however, what exactly the extent and limits of the guarantees spelled out in this provision are. As can be seen in Article 51 (1) CFR the provisions of this Charter are addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union, and to the Member States only when they are implementing Union law. No institution in Europe has taken effective remedies and the defence of the rights and freedoms guaranteed by the law of the Union more seriously than the ECJ during its 60 years of existence. It thus sets an example for what its original role under Article 19(1)(1) TEU is and what from now on Article 47 CFR is explicitly requiring it to do (see *infra* 2.). The only open question in this regard is the access to justice in cases of individuals directly affected by EU legislative acts. Even if they have a valid claim that their fundamental rights and freedoms under the Charter are violated, it remains open whether or not they have, as guaranteed in Article 47 (1) CFR, “an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article” (see *infra* 3.). The question seems to be related to the role of the national courts and tribunals as part of the Union’s overall judicial system. If it is true that the national judge when implementing Union law is acting as a European judge⁵—and the new provision of Article 19(1)(2) requiring the Member States to provide sufficient remedies to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law seems to confirm this assumption—it is difficult to see how the judicial systems of the Member States might implement

¹ ECJ case 294/83, *Les Verts*, 23. For the concept see Hallstein 1973, p. 31.

² ECJ case 222/84, *Johnston*, 18, 19; case 222/86, *Heylens*, 14–15; with more references in case C-432/05, *Unibet*, para 37.

³ ECJ case C-402/05, *Kadi*, 335.

⁴ ECJ case C-385/07, *Der Grüne Punkt*, 177–179.

⁵ See the contribution of Nial Fennelly, *Le juge national en tant que juge de l’Union*, in this volume *supra* I.4. For a theoretical foundation with implications, see Pernice 1996, pp. 27–28.

this requirement in all circumstances. To be more precise, in the case of an alleged violation of a fundamental right by an EU legislative act where the national judge is prohibited to remedy directly but would need to refer the question of validity to the ECJ under the *Foto-Frost* jurisprudence,⁶ what are the remedies for the individual if the national judge refuses to act under Article 267 TFEU? (see infra 4.)

2 Sixty Years in Defence of Effective Remedies and Individual Rights

The 60th anniversary of the ECJ is an opportunity to honour the merits of the ECJ in particular with regard to its achievements in defending the rights to an effective remedy as well as the fundamental rights and the freedoms of the individual under Union law. Any attempt to give the European treaties the character of simple treaties under international law has been rejected from the very beginning. The Court has made clear, instead, that the European Communities are not only a matter of states, but involve rights and duties of individuals which have to be observed, implemented and protected both at the European and at the national levels. In recognising the direct effect of the market freedoms since *Van Gend & Loos*⁷ and of European legislation, in particular of directives conferring rights to the individuals,⁸ the Court not only gives them an effective remedy to benefit from their freedoms, but also uses the national courts as instruments to enforce the proper application of European law against their own national governments, sometimes even against the national constitutional courts. This is also true of the recognition of a right to damages where Member States violate their obligations under European law,⁹ and even of infringements by the national legislature¹⁰ or the judiciary.¹¹

As a corollary of its jurisprudence on the primacy of European law over national law,¹² and the fact that European law also creates obligations for the individual, the Court recognised the need, in the absence of express provisions in the Treaty, for developing fundamental rights of the individual which have to be respected both by the European institutions¹³ and, within the scope of European

⁶ ECJ case 314/85, *Foto Frost*, 15.

⁷ ECJ case 26/62, *Van Gend & Loos*.

⁸ ECJ case 41/74, *Van Duyn*, 9–15.

⁹ ECJ case C-6/90, *Francovich*, 31–37.

¹⁰ ECJ case C-46/93, *Brasserie du Pêcheur*.

¹¹ ECJ case C-224/01, *Köbler*, 30–50.

¹² ECJ case 6/64, *Costa v ENEL*; with regard to national guarantees of fundamental rights as well as “principles of a national constitutional structure”; see also case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 3.

¹³ Beginning with ECJ case 29/69, *Stauder*, 7. See also Cunha Rodrigues 2010, p. 89.

law, the Member States.¹⁴ This process was driven by the German Federal Constitutional Court's refusal to recognise primacy of European law without provisions, at the European level, ensuring an adequate protection of fundamental rights.¹⁵ The result of this extraordinary and courageous step of constitutionalisation¹⁶ is a comprehensive system of rights and freedoms, as has finally been made visible and more operational by the Charter of Fundamental Rights,¹⁷ including its Article 47.

The recognition of fundamental rights as such does not imply the provision of a procedural remedy. It gives, however, substantial meaning and value to the specific right to effective judicial protection and remedies which is guaranteed as one of the fundamental rights under Article 47. The ECJ as well as all the national courts and tribunals, when implementing European law have to ensure that effective legal remedies are available to everyone who has a claim that his or her rights and freedoms guaranteed by Union law are violated. In the *Kadi* case, this right to effective legal remedies was even extended, at least indirectly, to the application of smart sanctions under the Charter of the United Nations.¹⁸

The effort to ensure judicial protection was not hampered even by the lack of express provisions in the Treaty. This is the reason why, in *Les Verts*, the Court based its argument on “the spirit” of the former Article 164 EEC, the rule of which is now retained in Article 19 (1) TEU, and “its scheme which is to make a direct action available against all measures adopted by the institutions which are intended to have legal effects”, in order to admit an application against the European Parliament under Article 173 EEC although this provision did not mention it as a possible defendant.¹⁹ Accordingly, in the *Chernobyl* judgment the Court has overruled the fact that Article 173 EEC did not mention the European Parliament as a possible applicant in considering an effective remedy necessary as far as the Parliament defends its institutional prerogatives. Clearly, recourse to the fundamental right to judicial protection was not available as an argument in this case. Instead, the Court referred to the institutional balance as part of the law, the observance of which it has to ensure under Article 164 EEC.²⁰

¹⁴ ECJ case C-5/88, *Wachauf*, 17–19; case C-260/89, *ERT*, 41–44. For the widening of the “projection of fundamental rights over Community law itself by extending it to the law of Member States”, see Cruz Villalón 2010, p. 163.

¹⁵ BVerfGE 37, 271—*Solange I*.

¹⁶ Bryde 2010, p. 119.

¹⁷ For an overview, classification and analysis at the stage after the Charter was proclaimed see Kühling 2006, p. 501.

¹⁸ ECJ case C-402/05, *Kadi*, 342–353.

¹⁹ ECJ case 294/83, *Les Verts*, 24–25.

²⁰ ECJ case C-70/88—*Chernobyl*, 23: “The Court, which under the Treaties has the task of ensuring that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed, must therefore be able to maintain the institutional balance and, consequently, review the observance of the Parliament’s prerogatives when called upon to do so by the Parliament, by means of a legal remedy which is suited to the purpose which the Parliament seeks to achieve.”

The Treaty of Maastricht filled the gap with the new Article 173 EC mentioning the European Parliament as a possible applicant and defendant in so far as its prerogatives are at stake.

3 Effective Legal Remedies Against EU Regulations at EU Level

What is the role of Article 47 CFR in cases where fundamental rights of an individual are allegedly violated by a European act of general application? Effective legal protection against legislative acts directly affecting the individual is, from a German point of view, considered to be ensured by filing a constitutional complaint to the Federal Constitutional Court. Such a type of direct remedy seems to be excluded by a narrow interpretation, under the “*Plauman*” jurisprudence, of the requirement in Article 263 (4) TFEU that the applicant must be directly and individually affected.²¹ The Court has rejected the attempts of Advocate General Jacobs and of the Court of First Instance in the cases *UPA*²² and *Jégo Quéré*²³ to abandon this restrictive approach with a view to granting effective legal protection and thus to avoiding a denial of justice. Even if the individual concerned has no remedy, under national law, to review the validity of the European act in question, the Court argued that its

interpretation cannot have the effect of setting aside the condition in question, expressly laid down in the Treaty. The Community Courts would otherwise go beyond the jurisdiction conferred by the Treaty.²⁴

It would be “for the Member States to establish a system of legal remedies and procedures which ensure respect for the right to effective judicial protection”, the Court said, and left it expressly to “the Member States, if necessary, in accordance with Article 48 EU, to reform the system currently in force”.²⁵

With the Treaty of Lisbon the Member States have followed this advice to a certain extent: First, the general provision of Article 19 (1) TEU regarding the role of the ECJ was extended by the obligation of the Member States to provide the remedies as required. Second, Article 263 (4) TFEU was complemented by an opening for proceedings of any natural or legal person “against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures”.

²¹ ECJ case 25/62, *Plaumann*, 4.

²² Opinion of Advocate General Jacobs in case C-50/00, *Unión des Pequeños Agricultores*, 35–49, 59–105.

²³ CFI case T-177/01, *JégoQuéré*, 47–54.

²⁴ ECJ case C-50/00, *Unión des Pequeños Agricultores*, 44; case C-263/02, *JégoQuéré*, 36.

²⁵ ECJ case C-50/00, *Unión des Pequeños Agricultores*, 41, 45.

Is the problem solved by these amendments? All depends on the interpretation of the term “regulatory act”. There is a strong literal argument based on the simple word “regulatory” for assuming that a regulation is covered by this term. For instance, the German translation “*Rechtsakte mit Verordnungscharakter*” literally excludes the argument that a “*Verordnung*” would not meet this requirement.²⁶ A systematic argument, however, based on the definition in Article 289 (3) TFEU according to which “legal acts adopted by legislative procedure shall constitute legislative acts”, as well as the distinction in Article 290 TFEU of “legislative acts” and “non-legislative acts” seems to act against a broad definition of regulatory acts. The confusion may be due to the history of the provision. The Treaty establishing a Constitution for Europe did indeed make a clear distinction in its Article I-33 between non-legislative acts such as the European regulation, defined as an act of general application for the implementation of legislative acts and of certain provisions of the Constitution, and the term legislative acts used for laws (formerly regulations) and framework laws (formerly directives). While this symbolic upgrading²⁷ has not been retained in the Treaty of Lisbon, the wording of what is now Article 263 (4) TFEU has, in contrast, remained unchanged. The interpretation, thus, is left to the judiciary, which may be inspired by the objectives of the new provision as well as by the fundamental right laid down in Article 47 CFR.

The General Court has ruled on the question in two recent judgments. While in the case of *Microban* it accepted a decision of the Commission to be a regulatory act because of its general application,²⁸ it refused to do so in the case of *Inuit* for a regulation of the European Parliament and the Council.²⁹ Based on literal, historical and teleological arguments in the case of *Inuit* it has ruled that Article 263 (4) TFEU only covers acts of general application, which are not legislative acts.³⁰ It uses the same argument as the ECJ in *UPS* and *Jégo Quéré*, namely that the application of the fundamental right to effective judicial protection guaranteed by Article 47 CFR may not have the effect of “setting aside those conditions, expressly laid down in the Treaty, even in the light of the principle of effective judicial protection”.³¹

The General Court, however, does not sufficiently take into account that not only the Charter of Fundamental Rights has meanwhile become a binding instrument, but also the substantial change the former Article 230 (4) EC has

²⁶ See also Everling 2010, p. 575: “unvertretbar” (not arguable).

²⁷ This term is used by Everling 2010, p. 574: “Hochstufung”.

²⁸ GC case T-262/10, *Microban*, 20–25, regarding Commission Decision 2010/169/EU of 19 March 2010 concerning the non-inclusion of 2,4,4'-trichloro-2'-hydroxydiphenyl ether in the Union list of additives which may be used in the manufacture of plastic materials and articles intended to come into contact with foodstuffs under Directive 2002/72/EC (OJ 2010 L 75, p. 25).

²⁹ GC case T-14/10, *Inuit*, regarding Regulation (EC) No 1007/2009 on trade in seal products (OJ 2009 L 286, p. 36).

³⁰ GC case T-14/10, *Inuit*, 38–56. This result was confirmed in case T-262/10, *Microban*, 22.

³¹ GC case T-14/10, *Inuit*, 51.

undergone following the entry into force of the Treaty of Lisbon, with the extension of the powers of the Court under the new Article 263 (4) TFEU to the benefit of the individual. What might have been true before these changes took effect—that the Court cannot set aside the conditions expressly and (perhaps) clearly laid down in the Treaty—does not necessary count for the new provision in Article 263 (4) TFEU. So far, the General Court rightly accepts from the outset that interpretation is needed, because “the meaning of ‘regulatory act’ is not defined by the TFEU Treaty”.³² Giving a precise meaning to unclear legal provision is a fundamental task of the judiciary. As long as the limits of the text are respected, it is difficult to maintain, as the General Court seems to do, that the European Courts, by giving the term “regulatory act” a broad interpretation, would be “exceeding their jurisdiction”.³³

As demonstrated above, the term yet needs to be defined. To the extent that the scope of the wording so permits, provisions of the Treaties, namely those regarding judicial protection of the individual, must be interpreted in consistence with the fundamental rights, including Article 47 CFR. The General Court, instead, in seeking guidance to the interpretation of the term “regulatory act” first refers to Article 114 TFEU on the harmonisation of national law, regulation and administrative action.³⁴ However this provision does not show more than the mere fact that, under the Treaty, regulations and administrative action are recognised as distinct categories of legal acts. “Deducing” from this differentiation that a narrow interpretation of the term “regulatory act” is demanded, however, is a non sequitur.

The same applies, secondly, to the historical argument made in the *Inuit* judgment. Reference is made to a cover note of the Presidium of the Convention indicating that the term “act of general application” had been replaced by “regulatory act”. Some conclusion could be drawn from this if the term “regulatory act” was defined elsewhere in the Treaty. The mere fact that it replaces another term, however, does not explain much as to its meaning. If, in the context of the Constitutional Treaty, it was to exclude legislative acts, an explanation is missing as to the question why the Presidium would not follow the clear invitation by the ECJ to remedy the lack of judicial protection against acts of general application not entailing implementing measures. Whatever the Presidency may have had in mind at that time,³⁵ with the failure of the Constitutional Treaty and the abandonment of its new terminology for EU action, the context has changed, as explained, and the term “regulations” has been re-introduced instead of “laws”. If the attempt of symbolic “upgrading” as

³² Ibid. 39.

³³ Ibid. 51: “According to settled case-law, the Courts of the European Union may not, without exceeding their jurisdiction, interpret the conditions under which an individual may institute proceedings against a regulation in a way which has the effect of setting aside those conditions, expressly laid down in the Treaty, even in the light of the principle of effective judicial protection”.

³⁴ Ibid. 46. For critics on this argument: Everling 2012, 378.

³⁵ The former President of the ECJ, Rogdríguez Iglesias 2003, p. 3, understood it as a “policy choice” which could be changed.

foreseen in the Constitutional Treaty was abandoned in the Treaty of Lisbon because the term “law” might suggest a higher legitimacy as the word “regulation”,³⁶ there is no reason any more to maintain the categorial distinction between legislative regulations and other regulatory acts with a view to limiting the judicial protection of the individual as it might have been justified in accordance with some constitutional cultures which express a particular degree of respect for the law made by a democratically elected parliament. So far, the General Court rightly emphasises that “the fourth paragraph of Article 263 TFEU pursues an objective of opening up the conditions for bringing direct actions.”³⁷ Had it been the intention to exclude, nevertheless, regulations of a legislative character from judicial review under this provision, this could have been clarified in the text. Instead, it was left open and thereby left to the Court to decide.

The Courts of the European Union would not, therefore, be “exceeding their jurisdiction” if they accepted regulations to be covered by the term “regulatory act” in Article 263 (4) TFEU. The problem is whether or not the term excludes, as suggested in the case of *Inuit*, legislative acts and, thus, regulations adopted by a legislative procedure.³⁸ While the Treaty distinguishes between “legislative acts” adopted by the ordinary or specific “legislative procedure” within the meaning of Article 289 TFEU, and non-legislative acts as referred to in Article 290 (1) TFEU, it is, in contrast, silent as to any qualification of the term “regulatory acts”. The term may exclude directives, it may be opposed to individual decisions without general application, but it may not necessarily be assimilated with non-legislative acts and, thus, be opposed to legislative acts.

Nothing, therefore, compels the Court, when taking position on the appeal lodged against the *Inuit* judgment,³⁹ to exclude that regulations adopted by a legislative procedure are treated as regulatory acts.

4 Duties of Member States Under Articles 19 TEU and 47 CFR

National judges are an integral part of the European judicial system established by the Treaties. The entire system is based on efficient judiciaries at Member States’ level and the overall respect of the rule of law. The interface between the two levels is the judicial

³⁶ See also Kottmann 2010, pp. 561–562, referring to the “higher dignity” of legislative acts in this sense.

³⁷ ECJ case T-262/10, *Microban*, 32, with reference to case T-14/10, *Inuit*, 50. See also Görlitz and Kubicki 2011, p. 250 who detect only one aim of the new provision being to fill the gap of legal protection in specific cases as dealt with by in the recent jurisprudence.

³⁸ *Ibid.* 56. For this interpretation, see Pech 2010, pp. 391–392; Herrmann 2011, pp. 1352, 1354–1356; Schwensfeier 2009, p. 330, who states that there is unanimity on this interpretation. For the opposite: Everling 2010, p. 575; Kottmann 2010, p. 559, with more references.

³⁹ ECJ case C-583/11 P, *Inuit* (pending). Recommending a revision of the General Court’s judgment in favour of an opening for complete legal protection: Everling 2012, 379–380.

dialogue instituted under Article 267 TFEU. The President of the German Federal Constitutional Court, Andreas Voßkuhle, rightly describes and develops the “Multi-level cooperation of the European Constitutional Courts” with the German term “*Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*”.⁴⁰ But the system encompasses all the courts, including particularly the ordinary and specialised courts. Its guiding structural principle is a fundamental division of responsibilities corresponding to the division of legislative and administrative powers of the European Union: The judicial protection against acts of the EU authority is the responsibility of the European Courts, while the judicial review of national legislative and administrative acts is reserved to the national courts. Each judiciary has the ultimate exclusive power to judge the constitutionality and interpretation of acts taken at its level.⁴¹ Nevertheless, within the composed constitutional system of the EU the two levels of jurisdiction are bound together and interwoven in a way that ensures effective judicial protection in accordance with the requirements of Article 47 CFR. As it can be seen from the case-law referred to above, Member States have the general duty to ensure that effective remedies are available for the individual and to protect their rights under Union law against acts of the Union, where access to the European Courts is not open.⁴² Article 19(1)(2) TEU confirms this, though it is broader in application and—being more concrete than the principle of cooperation enshrined in Article 4 (3) TEU—also covers judicial protection of the individuals in case their rights are violated by national measures.⁴³ This broader scope is also that of Article 47 CFR.⁴⁴ If the right to an effective remedy has to be provided for everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated, this means all rights under the Treaties including fundamental rights as well as, in particular, the market freedoms and the rights derived from the citizenship of the Union or from secondary law.

The roots of this broad application can already be found in the *Heylens* judgment of the ECJ regarding the free movement of workers, qualified by the Court as a “fundamental right”. This freedom was constructed in this particular case not only as a material guarantee but also as having a procedural side: it requires a Member State to ensure that decisions denying the effective exercise of this freedom (because of insufficient professional qualifications in the case) indicate the reasons for refusal and are subject to effective judicial control.⁴⁵ Contrary to the situation in the earlier case of *Johnston*, there was no provision of secondary law in the *Heylens* case requiring the Member States to provide such legal remedy. Confirming its development of the principle of effective judicial protection as a

⁴⁰ Voßkuhle 2010, p. 175.

⁴¹ Pernice 2006, p. 54.

⁴² ECJ case C-50/00, *Unión des Pequeños Agricultores*, 41, 45 (see footnote 25 above). See also ECJ case C-432/05, *Unibet*, 38–45.

⁴³ For the application of Article 10 EC see, in particular, ECJ case C-432/05, *Unibet*, 38.

⁴⁴ For the correlation between the second indent of Article 19 (1) and Article 47 CFR, see Barents 2010, pp. 709, 717.

⁴⁵ ECJ case 222/86, *Heylens*, 14–17.

fundamental right, the Court went a step further by combining the material freedom with procedural guarantees to make it fully effective for the individual. Nothing was said in the Treaty about such obligations of the Member States and no competence is given to the Union to legislate in the field of procedural law in the Member States. Nevertheless, this case-law can be understood as a first step in developing specific obligations of the Member States to ensure effective legal protection of the individuals in matters of European law, based on their substantive rights and freedoms combined with considerations of effectiveness (*effet utile*) and the general principles of loyalty and cooperation.

Having been made more explicit in positive Union law, the duties of the Member States to provide effective remedies and to ensure judicial protection of the individual are particularly relevant as regards the preliminary proceedings under Article 267 TFEU. For all cases within the scope of European law, either because of European law being implemented by national measures or because the limits set to the autonomous action of a Member State by European primary or secondary law may be neglected, the dialogue between national courts and the ECJ is essential not only for the unity of European law and its uniform application throughout the Union, but also for the effective legal protection of the individual as required by Article 47 CFR.

This dialogue, on the one side, may not be hampered by national legislation. The ECJ has made this entirely clear in the recent *Melki* case⁴⁶:

According to the settled case-law of the Court, in order to ensure the primacy of EU law, the functioning of that system of cooperation requires the national court to be free to refer to the Court of Justice for a preliminary ruling any question that it considers necessary, at whatever stage of the proceedings it considers appropriate, even at the end of an interlocutory procedure for the review of constitutionality.

Such an interlocutory procedure had been introduced in France in order to give the *Conseil Constitutionnel* priority in assessing the constitutionality of an implementing measure with the effect that, eventually, no reference to the ECJ could be deemed necessary. The Court was very clear in making sure that, though the interlocutory procedure was not ruled out as such, the effective protection of rights of the individual would nevertheless be entirely guaranteed.⁴⁷

The other side is to ensure that, whenever rights or freedoms of the individual are at stake in a procedure before a national court, the ECJ is given the opportunity to either provide an adequate interpretation of the EU law involved or to annul the relevant EU provision. Article 267 TFEU is the gateway which includes the ECJ in the procedure. Under Article 267 (3) TFEU this is even mandatory for Courts of last instance, as is the case whenever the validity of an act of the Union is being questioned. The systemic problem, however, is how to ensure remedies in cases where a reference required under Article 267 TFEU is refused by a national court.

⁴⁶ ECJ case C-188/10, *Melki*, 52.

⁴⁷ *Ibid.*, 57.

The approach chosen in Germany is to construe the ECJ as an integral part of the system of judicial protection. Like the domestic courts, the Court is “lawful judge” (“*gesetzlicher Richter*”) from whose jurisdiction no one shall be removed according to Article 101 (1) of the Constitution.⁴⁸ In its decision of January 9, 2001, the Federal Constitutional Court declared the decision of the Federal Administrative Court void for not having respected this fundamental right in a case where no reference was made to the ECJ although it would have been required to take into consideration the (European) principle of non-discrimination based on sex as interpreted by the ECJ. As the protection of fundamental rights against acts of secondary legislation of the EU is, also according to Karlsruhe, reserved to the ECJ, the failure to refer a case to Luxembourg where a violation of a fundamental right is at stake, would deny the possibility for the ECJ to review secondary law on the basis of the fundamental rights guaranteed at the European level. As this would lead to a situation in which the protection of fundamental rights would vanish, Article 101 (1) of the German Basic Law is violated. In other words, failure to make a reference to the ECJ is, under certain circumstances, sanctioned by German constitutional law.⁴⁹ A similar approach has been taken by the Constitutional Courts in the Czech Republic (with explicit reference to the German case-law)⁵⁰ and Austria.⁵¹

The more recent jurisprudence of the Federal Constitutional Court on these issues, however, seems to be less responsive to the principle of effective judicial protection of the individual. In general the Constitutional Court would only intervene if the competent court has arbitrarily refused to refer a case to the ECJ. The question is when such arbitrariness can be stated. As shown in a thorough analysis by Meinhard Schröder⁵² the first Senate seems to be inclined to use the *CILFIT* criteria,⁵³ while the second Senate sticks to the standard of arbitrariness. In the *Honeywell* case⁵⁴ it states:

According to the case-law of the Federal Constitutional Court, however, it is not the case that all violations of the obligation under Union law to make a submission [reference to the ECJ] immediately constitute a breach of Article 101.1 sentence 2 of the Basic Law. The Federal Constitutional Court complains of the interpretation and application of rules on competences only if, on a sensible interpretation of the concepts determining the Basic Law, they no longer appear to be comprehensible and are manifestly untenable.

⁴⁸ See BVerfGE 73, 399, *Solange II*, pp. 366–369, confirmed in case 1 BvR 1036/99 judgment of 9 January 2001 - *Teilzeitarbeit*, para 18 with more references.

⁴⁹ *Ibid.*, para 24.

⁵⁰ Czech Constitutional Court, decision of 8 January 2009. US 1009/08. Para. 21 et seq.

⁵¹ Austrian Constitutional Court, decisions Nos 14.390/1995, 14.889/1997, 15.139/1998, 15.657/1999, 15.810/2000, 16.391/2001 and 16.757/2002.

⁵² Schröder 2011, pp. 815–819. See also Wendel 2011, pp. 423–424 and 466 in a comparative perspective.

⁵³ See BVerfG, 1 BvR 3461/08 of 21 December 2010, para 8. ECJ case 283/81, *CILFIT*.

⁵⁴ BVerfG, 2 BvR 2661/06 of 6 July 2010, *Honeywell*, note 88.

The Court maintains further that it is “not obliged under Union law to fully review the violation of the obligation to make a submission under Union law and to take the case-law of the Court of Justice re Article 267.3 TFEU as an orientation”, and it emphasises that there is no requirement in this provision for “an additional remedy to review compliance with the obligation to make a submission”. Finally, it does not see the Constitutional Court as the “supreme court of review for submissions”.⁵⁵

A more open approach, based on the criteria of the *CILFIT* jurisprudence, however, would seem to be appropriate not only with a view to the obligation, as Schröder rightly argues,⁵⁶ arising from the guarantee of effective judicial protection under Article 19 (4) of the German Constitution and the general obligation Article 19 (1)(2) TEU. Article 47 CFR must also be taken into account. Where the decision on the interpretation of European law is, by law, a matter for the ECJ, the national judge is simply not competent and would not be “the lawful judge within the meaning of Article 101.1 sentence 2 of the Basic Law”,⁵⁷ guaranteed to the applicant as a fundamental right under the German Constitution.

The first Senate of the German Federal Constitutional Court is much more supportive of the prerogatives of the ECJ as the appropriate institution to ensure effective judicial protection in cases where the constitutionality of measures implementing European law is at stake. In a recent judgment it has rejected a reference under Article 100 (1) of the German Basic Law for the simple reason that it would only be competent to judge if, and to the extent that, the underlying act of Union law leaves discretion to the national authorities in charge of the implementation. It thus confirms its jurisprudence that, with a view to the principle of primacy, it would not admit constitutional complaints or references regarding national measures implementing European law, which are fully determined by the Union act. In such cases only the ECJ would be competent, and this is why the Constitutional Court holds the referring judge responsible to, first, make a reference to the ECJ for clarification of the binding nature of the Union measure at stake.⁵⁸

This new jurisprudence will encourage national judges to make use of the procedure of Article 267 TFEU more frequently and, thus, will make the judicial dialogue and the judicial protection it allows more effective.⁵⁹ What remains open, however, is the question of what happens if a judge—or even the Constitutional Court itself—fails to comply with the obligations under Article 267 (3) TFEU read together with Articles 19 (1) TEU and 47 CFR to refer to the ECJ, where required for ensuring effective legal remedies in cases of possible violation of EU law. In the absence of a direct remedy one way could be an application for damages according to the principles developed by the *Köbler* jurisprudence.⁶⁰

⁵⁵ *Ibid.*, 89.

⁵⁶ Schröder 2011, pp. 820–824, 826.

⁵⁷ For these terms, see BVerfG, 2 BvR 2661/06 of 6 July 2010, *Honeywell*, note 88.

⁵⁸ BVerfG, 1 BvL 3/08 of 4 October 2011, *Investitionszulagengesetz*, 45–56.

⁵⁹ On that, see Wendel 2012, p. 217.

⁶⁰ ECJ case C-224/01, *Köbler*.

Another way could be a complaint to the European Court of Human Rights, based on a violation of Article 6 ECHR.⁶¹ The right to a fair trial would then have to be construed in a broader sense, being understood as an instrument of last resort to get effective the guarantees of judicial protection under EU law. A fresh wind in this direction might have been breathed into the discussion by the recent decision of the Strasbourg Court in the case of *Ullens*. The key question was whether the Belgian *Conseil d'Etat* and the *Cour de cassation* had violated their obligations under Article 6 (1) of the Convention by refusing, in two separate cases, to refer a preliminary question to the ECJ. While Strasbourg reiterated that the ECHR did not generally provide for a right to have a case referred by a domestic court to another judicial body (be it at national or at supranational level), it observed that Article 6 (1) of the Convention imposes an obligation on the national courts “to give reasons for any decision refusing to refer a question” to the ECJ. This is, according to Strasbourg, particularly the case when the applicable law—that is to say, EU law—permits such a refusal only in exceptional circumstances.⁶² In this respect the ECtHR paid particular attention to the *CILFIT* jurisprudence of the ECJ as regards the obligation of the national courts to justify their decision not to refer (“*obligation de motivation*”).⁶³ Thus, the solution found by the ECtHR turns out to be an *ultima ratio* tool for enforcing the obligation to refer a preliminary reference to Luxembourg, along the lines developed by the ECJ in its *CILFIT* jurisprudence.

5 Conclusions

European and national courts are bound by Article 47 CFR to ensure effective legal remedies in cases where rights and freedoms guaranteed by the law of the Union may be violated. But first of all, it is a task for the Member States, stated in Article 19 (1) TEU, to make sure that effective legal protection is provided for everyone. The jurisprudence of the ECJ has, until now, developed favourably to this aim, though it is not yet clear whether or not it will further follow this strain when it decides the pending issue of admissibility in the *Inuit* case. This would, however, be important with a view not to leave a gap in judicial protection, which the national courts cannot easily fill. Their role is not to supervise the constitutionality of European acts. The mere fact that regulatory acts—be it legislative or implementing regulations—not entailing implementing measures would not offer for national authorities, by definition, the opportunity to issue acts which the

⁶¹ See Lenski and Mayer, *EuZW* 2005, p. 225. See also Schröder 2011, p. 824, with reference to the *Bosphorus* decision of the ECHR where the *CILFIT* jurisprudence is mentioned as a relevant criterion; see Judgment of 30 June 2005, Application no. 45036/98 case of *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, para 147.

⁶² ECHR, judgment of 20 September 2011, Nos 3989/07 and 38353/07, *Ullens et al.*, paras 55–67.

⁶³ *Ibid.*, para 62.

individual could challenge before a national court, would leave the individual without a remedy. It is difficult to see how this would be compatible with Article 47 CFR.

Further implications of Article 47 CFR for the Member States and their respective judicial systems are yet to be determined. This fundamental right could privilege cases involving Union law and put at risk the coherence of national judicial systems, as national courts are bound to guarantee procedural rights under this provision even where an applicant would not have similar remedies and rights under national law in purely national cases. Finally, the question as to who might be the judge to assess whether or not a national tribunal—or the ECJ—has observed its duties under Article 47 CFR has not yet found an answer. One might hope that the Member States take seriously their obligation under Article 19 (1) TEU to ensure that national courts use systematically the procedure offered by Article 267 TFEU in all cases where rights and freedoms of the individual under Union law are at stake. With this, the question of further remedies might become less virulent.

References

- Barents R (2010) The Court of Justice after the Treaty of Lisbon. CMLR 47:709–728
- Bryde B-O (2010) The ECJ's fundamental rights jurisprudence—a milestone in transnational constitutionalism. In: Maduro MP, Azoulai L (eds) *The past and future of EU law. The classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Hart, Oxford, pp 119–129
- Cunha Rodrigues JN (2010) The incorporation of fundamental rights in the community legal order. In: Maduro MP, Azoulai L (eds) *The past and future of EU law. The classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Hart, Oxford, pp 89–97
- Cruz Villalón (2010) 'All the guidance', ERT and Wachauf. In: Maduro MP, Azoulai L (ed) *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, Oxford, pp 162–169
- Everling U (2010) Lissabon-Vertrag regelt Dauerstreit über Nichtigkeitsklage Privater. *EuZW*:572–576
- Everling U (2012) Klagerecht Privater gegen Rechtsakte der EU mit allgemeiner Geltung. *EuZW*:376–380
- Görlitz N, Kubicki P (2011) Rechtsakte "mit schwierigem Charakter". *EuZW*:248–254
- Hallstein W (1973) *Die Europäische Gemeinschaft*. Econ-Verlag, Düsseldorf
- Herrmann C (2011) Individualrechtsschutz gegen Rechtsakte der EU "mit Verordnungsscharakter" nach dem Vertrag von Lissabon. *NVwZ*:1352–1357
- Kottmann M (2010) *Plaumanns* Ende: Ein Vorschlag zu Art. 263 Abs. AEUV. *ZaöRV* 70:547–566
- Kühling J (2006) Fundamental rights. In: von Bogdandy A, Bast J (eds) *Principles of European Constitutional Law*. Hart, Oxford, pp 501–547
- Lenski E, Mayer FC (2005) Vertragsverletzung wegen Nichtvorlage durch oberste Gerichte? *EuZW*:225
- Pech L (2010) "A union founded on the rule of law": meaning and reality of the rule of law as a constitutional principle of EU law. *ECLR* 6:359–396
- Pernice I (1996) Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund. *Europarecht* 31:27–43
- Pernice I (2006) *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*. De Gruyter, Berlin
- Rodríguez Iglesias GC (2003) Oral presentation to the "discussion circle" on the Court of Justice on 17 February 2003 CONV 573/03

- Schröder M (2011) Die Vorlagepflicht zum EuGH aus europarechtlicher und nationaler Perspektive. *Europarecht* 46:808–827
- Schwensfeier R (2009) Individual's access to justice under Community Law. Diss Groningen. <http://irs.ub.rug.nl/ppn/322732727>. Accessed 19 May 2012
- Voßkuhle A (2010) Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund. *Eur Const Law Rev* 6:175–198
- Wendel M (2011) Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Mohr, Tübingen
- Wendel M (2012) Neue Akzente im europäischen Grundrechtsverbund. Die fachgerichtliche Vorlage an den EuGH als Prozessvoraussetzung der konkreten Normenkontrolle. *EuZW* 23:213–218

The Future of the Court of Justice in EU Competition Law

New Role and Responsibilities

Nicolas Petit

Abstract This article offers perspectives on the future role of the Court of Justice in competition law matters. It first predicts that due to several institutional, substantive and procedural idiosyncrasies, the Court’s ‘rule-making’ function should gain further importance. The resurgence of preliminary references that landed before the Court in recent years brings support to this prediction. In turn, this article argues that with this role, comes the heightened responsibility of setting the ‘right’ competition law standard. Given the lack of readily available, objective benchmark to distinguish what makes good and bad law, the paper offers thoughts on the necessity to set ‘consistent’ competition law standards, and explores several facets of rule-making consistency in EU competition law.

1 Introduction

Most of the literature on the role of the Court of Justice (“the Court” or the “CJEU”) in European Union (“EU”) competition law reflects on the past.¹ With few exceptions, those studies praise the CJEU for its pivotal contribution to establishing the conceptual foundations of EU competition law.² Less,

Professor, University of Liège (ULg), Belgium. Director of the Global Competition Law Centre (GCLC), College of Europe. Director of the Brussels School of Competition (BSC).

¹ Goyder is one of the best textbooks to deal with the history of EU competition law, and the influence of the Court. See Goyder 2003.

² Gerber talks of “*Intellectual leadership*”. See Gerber 1994, p. 127.

N. Petit (✉)

University of Liège (ULg), Liège, Belgium

e-mail: Nicolas.petit@ulg.ac.be

however, has been written on the current role of the Court, and surely even less on its future.

To offer a modest, yet hopefully original gift to the Court for its 60th anniversary, this short article looks into the crystal ball. It first seeks to predict the shape of things to come, and argues that despite an inexorable quantitative trend of reduced Court intervention in competition cases, its qualitative influence as the ultimate rule-maker in EU competition law should further burst into prominence (2).

Second, it opines that with the Court's increasingly important rule-making role, comes the heightened responsibility of setting the "right" competition law standard. However, given the subjective vagaries of assessing what a "right" competition law standard is, this article advances that the Court's responsibility should be construed objectively, in terms of setting "consistent" competition law standards (3).³

2 The Court's Future Role: Rule-Making in EU Competition Law

The science of making predictions is complex. Oracles, mediums, scientists, investors and competition authorities alike often search into the recent past to forecast the future. Drawing inspiration from this methodology, two scenarios may unfold in so far as the Court's role in the EU competition ecosystem is concerned.

2.1 A Marginalised Court?

A first scenario predicts the marginalisation of the Court. This trend takes root into the creation of a General Court ("GC", formerly CFI) in 1989.⁴ Since then, the amount of competition cases landing before the Court has waned.⁵ Appeals on points of law under Article 256(1) TFEU have been overall rare. Cases even as legally innovative (and criticised) as *Microsoft v. Commission* have remained stuck at GC level.⁶

In line with this, three sets of institutional developments may further insulate the Court from competition cases. First, the idea of creating a specialised

³ The article focuses on Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU"), and on the Merger Regulation. It does not deal with State aid law. We refer here to the TFEU as a shortcut to the previous versions of the EEC and EC Treaties.

⁴ To deal notably with factual issues in competition cases. See Vesterdorf 2005.

⁵ As compared to what it should be if the Court was still in charge of first instance judicial review. In 2010, the GC received indeed 79 new competition cases, whilst the Court received only 13 competition appeals in the same year.

⁶ See GC, Case T-201/04, *Microsoft Corp. v Commission*, ECR [2007] II-3601.

competition court under Article 257 TFEU is gaining traction.⁷ If this were ever to happen, the Court would lose its remaining jurisdiction on appeals on points of law in competition cases.⁸ And a similar effect may arise of other, yet less realistic, institutional proposals, such as a move towards a full US-like adjudication system in competition cases, along the lines proposed by Professor Schwarze, Wils and Temple Lang.⁹ In this variant, the Commission would bring charges of competition infringements before the GC, which would take the first legally binding decision. Of course, in this system, the Court would regain an appeals jurisdiction over GC's judgments. But as the United States ("US") experience suggests, this system reduces the number of competition cases in the first place (the agency rarely goes to Court), and thus the subsequent workload of the appeals courts system.

Second, the Court's marginalisation in EU competition law may also be nurtured by "*bottom-up*" jurisdictional transfers. In this context, with the contemplated accession of the EU to the European Convention of Human Rights ("ECHR") and its own court's system, the Court may lose some grip on fundamental rights issues.¹⁰

Finally, the unbridled development of negotiated procedures in EU competition law extinguishes opportunities for litigation before the General Court and, *a fortiori*, before the upper EU Court in last instance.¹¹ The "*success*" of leniency applications and (to a lesser extent though) of settlements in cartel cases, as well as the rise of Article 9 commitments as the "*normal procedure*" in non-cartel cases leave little scope for appeal¹². Addressees of decisions adopted under these procedures are in practice less likely to challenge them before the GC, and even less so before the Court. And in light of the wide margin of discretion recognised to the Commission by the Court in *Alosa*, appeals by third parties (in particular complainants) are somewhat illusory.¹³

All in all, this augurs a gloomy future for the Court. But this scenario has a major flaw. It is based on far-fetched and wholly unrealistic assumptions. First, it is doubtful that competition law constitutes a priority area for the creation of a

⁷ See Merola and Waelbroeck 2010, p. 251. See also, for a concrete proposal, Confederation of the British Industry 2006.

⁸ The sole possibility of intervention of the Court would be that defined in Article 256(2) TFEU: "*Decisions given by the General Court [...] may exceptionally be subject to review by the Court of Justice, under the conditions and within the limits laid down by the Statute, where there is a serious risk of the unity or consistency of Union law being affected*".

⁹ See the quotes of N. Wahl, p. 274, in Merola and Derenne 2012; Wills 2004; Temple Lang 2011, pp. 219–256; Schwarze 2009; see also Waelbroeck and Fosselard 1994, pp. 111–142.

¹⁰ See Leskinen 2010. See, *contra*, Zivy and Luc 2010 in Merola and Derenne 2012.

¹¹ See on this and on the following points, the interesting findings of Barbier de la Serre, pp. 98 and 99.

¹² "See, on Article 9, Wagner-Von Papp 2012"

¹³ See CJEU, Case C-441/07 P, *European Commission v Alosa Company Ltd*, ECR [2010] I-5949.

specialised court, all the more so given the decreasing backlog of competition cases due to negotiated arrangements. As a matter of fact, most discussions on the creation of a specialised court concern the field of intellectual property (“IP”).

Moreover, the Court itself has already trumped a possible feudal subordination to the Strasbourg Court. In its judgments in *KME Germany v. Commission* and *Chalkor v. Commission*, the Court noted that the protection conferred by Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU “implements in European Union law the protection afforded by Article 6(1) of the ECHR”, and that “it is necessary, therefore, to refer only to Article 47”.¹⁴

2.2 A Rule-Making Court?

The second scenario makes a more rosy, and credible prediction. It starts from the premise that with the transfer towards the GC of granular *decision-reviewing* duties,¹⁵ the CJEU has progressively morphed into a *rule-making* court, dealing with principled institutional, procedural and substantive competition law issues through the preliminary reference channel under Article 267 TFEU and upon appeals on points of law pursuant to Article 256 TFEU. By rule-making, we mean judge-made law, or the design of general legal standards where black letter law is unclear, ambiguous and/or incomplete. Judgments like *Magill*,¹⁶ *Javico*,¹⁷ *Kali + Salz II*,¹⁸ *Tetra Laval*,¹⁹ *Impala*,²⁰ *Glaxo*,²¹ *Syfait*,²² *T-Mobile*,²³ *TeliaSonera*,²⁴ *Tomra*,²⁵ etc., which all define, or refine, legal standards constitute striking illustrations of this.

¹⁴ See CJEU, Case C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon v European Commission*, not yet reported, §§51 and 52.

¹⁵ Covering both first instance annulment proceedings under Article 263 TFEU and unlimited jurisdiction proceedings against fines and penalties under Article 261 TFEU.

¹⁶ Setting the standard on refusal to deal in the presence of IP rights.

¹⁷ Setting the standard for the appraisal of the effect on trade condition, when third countries are concerned.

¹⁸ Setting the standard on collective dominance and the failing firm defense in merger cases.

¹⁹ Setting the standard of judicial review to be applied by the General Court.

²⁰ Refining the standard for the appraisal of existing collective dominant positions.

²¹ Recalling the standard for the appraisal on restrictions on parallel trade under Articles 101(1) and 101(3) TFEU.

²² Setting a standard for the appraisal on restrictions on parallel trade under Article 102 TFEU.

²³ Refining the notion of a concerted practice.

²⁴ Setting the standard for the appraisal of margin squeezes under Article 102 TFEU.

²⁵ Recalling and refining the standard for the appraisal of rebates, and other exclusivity inducing schemes under Article 102 TFEU.

Looking ahead, this second scenario prophesies that the CJEU's orbital position as the ultimate rule-maker in the competition galaxy will gain even more brightness. To be sure, the point here is not so much that the number of cases brought to the CJEU in relation to principled issues will increase.²⁶ Rather, the nub of the argument is qualitative in nature. The substance of the competition law issues that remain to be settled by the CJEU has perhaps never been that fundamental.²⁷ EU competition law lies indeed at several junctures. First, a debate over the *goals* of EU competition law (e.g. consumer welfare, efficiency, industrial policy, redistribution, etc.) has unraveled, and is currently raging. The amount of scholarship devoted to this issue in recent years bears testimony to the view that the goals of EU competition law remain unclear.²⁸

Second, the *substantive and evidentiary standards* applied in competition law are in a state of limbo. The injection, under the impetus of the EU Commission, of a "*more economic*" approach since 1999 has not followed a homogeneous development across the various areas of competition enforcement (i.e., under Articles 101 TFEU, 102 TFEU and the EU Merger Regulation).²⁹ In addition, and perhaps more importantly, the venom of divide has contaminated the Commission. On the one hand, the Directorate General for Competition of the Commission ("DG COMP") has planted in a variety of instruments a whole host of economics-driven standards for the assessment of anticompetitive conduct (in decisions, Guidelines, Communications, etc.).³⁰ In essence, those standards go beyond the black-letter law of the Treaty, and manifest DG COMP's willingness to voluntarily discharge a higher burden of proof in competition cases. On the other hand, the Legal Service which represents the Commission before the EU Courts, keeps on promoting "*textualistic*"—and arguably lower—evidentiary standards that shield the Commission from risks of judicial annulment. And, as cases come and go, the GC sometimes upholds or invalidates either type of standard. For instance, in the *Glaxo* dual pricing case, the GC endorsed a more economic approach for the assessment of agreements that restrict parallel trade.³¹ Yet it seemed to disregard it

²⁶ We believe it may, considering the wide range of principled issues that remain unsettled. But as a matter of fact, the quantitative statistics on the number of competition cases dealt with by the CJEU reveal no such tendency, quite the contrary. See Statistics of Judicial Activity, p. 96. In 2006, the CJEU closed 30 cases, 17 in 2007, 23 in 2008, 28 in 2009 and 13 in 2010.

²⁷ In passing, this is what makes the discipline of EU competition law fascinating.

²⁸ See Stucke 2012, 2011, p. 107; see also Odudu 2006; Townley 2009; Prieto 2006, p. 1603.

²⁹ See Van Den Bergh and Camesasca 2006, pp. 105–150; Basedow and Wurmnest 2011; Gerber 2010, p. 441; Geradin et al. 2012; Drexler et al. 2011; Ortiz Blanco and Lamadrin de Pablo 2011.

³⁰ The divergences may also be attributable at a more granular level, within DG COMP (for instance, at the level of Directorates, Units and possibly also with the Cabinet, and the Chief Economist Team).

³¹ See Commission Decision of 8 May 2001 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty, IV/36.957/F3 *GlaxoWellcome* (notification), IV/36.997/F3 *Aseprofar and Fedifar* (complaint), IV/37.121/F3 *Spain Pharma* (complaint), IV/37.138/F3 *BAI* (complaint), IV/37.380/F3 *EAEP* (complaint), *OJ L 302, 17.11.2001, pp. 1-43*; GC, Case T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, ECR [2006] II-2969; CJEU, Joined cases C-501/06 P, C-513/

in other judgments such as *Tomra*, *Telefonica*, *British Airways*, etc. And in some cases, the GC parted ways both with the Commission and with prior case-law. For instance, in *Microsoft v. Commission* the GC somewhat diluted the *Magill* and *IMS Health* tests established by the CJEU with a view to assessing refusals to supply under Article 102 TFEU.

With this background, in many areas several standards which remain untested before the CJEU compete for the assessment of anticompetitive practices. Pending a last resort pronouncement of the CJEU, it is unclear which one of those standards shall apply. This issue is particularly important in the field of abuse of dominance and merger control.³²

Third, the *institutional structure* of EU competition law shows signs of weaknesses. As decentralised competition enforcement thrives across the EU-27, the text of Regulation 1/2003 reveals ambiguities and lacunas. Short of explicit answers, national courts turn to the CJEU to request assistance through the preliminary reference procedure of Article 263 TFEU (for instance, in *X v. BV*,³³ *VEBIC*,³⁴ *Tele2 Polska*,³⁵ and *Pfleiderer* cases).³⁶ In most, if not all those cases, the issue boils down to a complex trade-off between the general principles of procedural autonomy and effectiveness of EU law which the Court, and the Court alone, enjoys a monopoly to settle.

Fourth, with rising fines akin to quasi-criminal sanctions, the EU administrative procedure for competition cases is in the line of fire.³⁷ Lawyers increasingly challenge the compatibility of the EU procedural system with Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU.³⁸ Many components of the EU competition procedure have been deferred to the CJEU—e.g. the parental liability

(Footnote 31 continued)

06 P, C-515/06 P and C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, ECR [2009] I-9291.

³² A precision is here in order as regards the EUMR. To the exception of collective dominance (in *France v. Commission* and *Bertelsmann AG v. Impala*), the failing firm defense (in *France v. Commission*) and leverage issues (in *Tetra Laval v. Commission*), no substantive EUMR standards have ever been discussed before the Court. Questions such as the admissibility of expert economic evidence before the Commission, unilateral effects, efficiency defenses, or the applicable standard of review in Phase I examinations remain thus to be deferred to the Court.

³³ See CJEU, Case C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst v X BV*, ECR [2009] I-4833.

³⁴ See CJEU, Case C-439/08, *Vlaamsefederatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerders (VEBIC) VZW*, ECR [2010] I-12471.

³⁵ See CJEU, Case C-375/09, *PrezesUrzęduOchronyKonkurencjiiKonsumentów v Tele2 Polska sp. z o.o., devenueNetia SA*, not yet reported.

³⁶ See CJEU, Case C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, not yet reported.

³⁷ See Opinion of Mr Advocate General BOT delivered on 26 October 2010 in Case C-352/09 P, *ThyssenKrupp Nirosta GmbH v European Commission*, not yet reported.

³⁸ As well as Article 6 ECHR.

doctrine,³⁹ the intensity of judicial review,⁴⁰ the duration of the administrative procedure—⁴¹ and cases will keep abounding.

For all these reasons, the 60-year-old CJEU still faces the challenge of settling a wide array of novel, interesting competition law issues. And this is likely to reinforce its position as the predominant rule-maker in EU competition law.

All in all, we view this second scenario as more credible than the first one, if only because it is a scenario “*à droit constant*”, which is not contingent on the creation of new EU judicial organs.

3 The Court’s Future Responsibility: Setting “Consistent” EU Competition Law Standards

3.1 Conceptual and Definitional Remarks

The rise of the Court as the ultimate rule-maker in EU competition law comes with a challenge. Put simply, the Court must set the “*right*” competition law standards.⁴²

Unfortunately, however, there is no commanding benchmark to help the Court separate wheat from chaff. Rather, there is a wealth of—possibly conflicting—perspectives on what makes “*good*” and “*bad*” law.⁴³ As a crude proxy, economists praise legal standards that promote economic welfare.⁴⁴ In contrast, lawyers favour standards that ensure legal certainty.⁴⁵

But economists and lawyers often disagree amongst themselves. Competition economists are for instance split on whether competition law should promote “*total*” or “*consumer*” welfare.⁴⁶ Similarly, competition lawyers are divided on whether general “*forms-based*” rules or case-by-case “*effects-based*” assessments promote legal certainty.

³⁹ See CJEU, Case C-407/08 P, *KnaufGips KG v European Commission*, ECR [2010] I-6375.

⁴⁰ See CJEU, Case C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergias Metallon v European Commission*, *supra* and CJEU, Case C-389/10 P, *KME Germany AG, KME France SAS and KME Italy SpA v European Commission*, not yet reported.

⁴¹ See CJEU, Case C-385/07 P, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH v Commission*, ECR [2009] I-6155.

⁴² This is all the more important since the judgments handed down by the CJEU cannot be appealed. In recent years, competition lawyers, economists, and—possibly more than others—academics have been prompt to pass judgment on the adequacy of the legal standards selected by the Court. Influenced by US-type antitrust scholarship, EU competition law journals, reviews, and books are now replete with vocal, passionate criticisms of the case-law, which are a far cry from the positivist, low-key civil law tradition of scholarship.

⁴³ See, for instance, using the expression, Barbier de la Serre 2012.

⁴⁴ See Geradin and Petit 2012, p. 21.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ See Van Den Bergh and Camesasca 2006.

Moreover the opinions of each and everyone often hinge on social, professional, ideological, psychological and other personal biases. More specifically, one cannot exclude that lawyers and economic consultants stand for legal standards that are not adverse to their clients' interests.

Given the wealth of available alternative benchmarks, on which grounds should the Court select the "*right*" competition law standard? The author of these lines is certainly under-qualified to address this intractable question. Yet, it is submitted that, for the Court to meet the challenge of setting the "*right*" competition law standards—and shut out the somewhat excessive and frequent criticisms of legal practitioners—it should seek, as a bottom-line, to ensure "*consistency*" in rule-making. In other words, this means devising coherent standards for related factual, economic or legal settings.⁴⁷

Our belief that consistency must be the minimum common denominator of any "*right*" competition law standard is grounded on the view that it is a dispassionate notion. Unlike many other proposed benchmarks (e.g. efficiency, welfare, fairness, economic freedom), it leaves little space for ideology, conflicts of interests and other biases.⁴⁸ In addition, from a decision-making perspective, the principle of consistency is respectful of the Court's discretionary power. In many cases, several consistent legal standards will compete for the regulation of a given factual, economic or legal situation. In such settings, it will remain up to the CJEU with the assistance of the parties, to set what it deems the most adequate standard.⁴⁹

In a spirit of assistance, the following sections offer some fresh thoughts on three possible facets of "*consistency*" which may arguably help the Court face the challenge of setting adequate competition law standards.⁵⁰ The analysis is creative in nature, given the dearth of guidance in general EU law on consistency in rule-making.⁵¹ It uses the competition case-law of the Court to offer illustrations of consistencies and inconsistencies in rule-making.

⁴⁷ Consistency is close to the notions of conformity and compatibility. It also implies devising different standards for unrelated factual and legal settings.

⁴⁸ But other benchmarks may also fulfil this condition. One could think, for instance, of devising "*ergonomic*", or "*business-friendly*" competition law standard (its practicability), i.e. standards that are easy to comply with. A benchmark of this kind could be tested by assessing how much compliance costs it inflicts on companies.

⁴⁹ Put differently, the concept of consistency leaves scope for debate. It does not necessarily dictate a given legal standard, but plays as a useful filter which narrows down the range of options available to the judge.

⁵⁰ This in no way suggests that the Court does not test, in current judicial practice, the "*consistency*" of its competition law standards. As will be seen below, it certainly does so, but not explicitly, through its own methods, or under the authority of other related, yet distinct principles, such as the principle of legal certainty, or the principle of uniformity of EU law.

⁵¹ The notion of consistency has been used sporadically in EU competition law. It is used in Recital 21 of Regulation 1/2003, which ambitions to ensure consistency in the articulation of European and national competition laws. Recital 21 of the Regulation is worded as follows: "Consistency in the application of the competition rules also requires that arrangements be established for cooperation between the courts of the Member States and the Commission". This

3.2 “*Transversal Consistency*”, or *Consistency Across Competition Rules*

A first best rule-making practice is to ensure consistency across the various domains of EU competition law. This can be referred to as “*transversal consistency*”.

Despite their distinct scope of application,⁵² Articles 101 TFEU, 102 TFEU and the EUMR aim at one and the same thing, i.e. “*ensuring that competition is not distorted*”⁵³ through the exploitation of significant market power (also labelled “*power over price*”), or the foreclosure of competitors (also labelled “*power to exclude*”).⁵⁴ Since those provisions share a unity of purpose,⁵⁵ a certain degree of

(Footnote 51 continued)

recital, and more generally Article 16, are offshoots of the *Masterfoods* case-law. See CJEU, Case C-344/98, *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*, ECR [2000] I-11369. In the *Masterfoods* judgment the Court held that national courts “cannot” take decisions “*running counter*” to previous Commission decisions on similar agreements or practices (see §52). Interestingly, this solution was based on the principle of legal certainty. For an explicit link with the notion of consistency, see Craig and De Burca 2011, p. 733. The concept of consistency has been also enforced in the area of State aid under Article 107 TFEU, to assess the legality of certain types of fiscal advantages. See Commission notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation, OJ C 384/3, 10.12.1998. Finally the notion of consistency has sporadically been dealt with by the Court, primarily in relation to the judicial review carried out by the GC. See, for instance, CJEU, Case C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergias Metallon v European Commission*, *supra*, §48; CJEU, Joined cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00, *Aalborg Portland A/S a.o. v Commission of the European Communities*, ECR [2004] I-123, §133.

⁵² Those provisions have a different scope of application. Article 101 TFEU applies to the restrictions of competition adopted by collusive firms, Article 102 TFEU to the restrictions of competition of dominant firms, and the EUMR to the restrictions of competition of prospective merged firms.

⁵³ See Protocol n°27 on the Internal market and competition, OJ C 115, 9.5.2008, p. 309: “*The High Contracting Parties, considering that the internal market as set out in Article 3 of the Treaty on European Union includes a system ensuring that competition is not distorted, have agreed that to this end, the Union shall, if necessary, take action under the provisions of the Treaties, including under Article 352 of the Treaty on the Functioning of the European Union. This protocol shall be annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty on the Functioning of the European Union*”. The existence of distinct provisions simply seeks to make sure that no form of conduct with anticompetitive effects goes unpunished.

⁵⁴ See Krattenmaker et al. 1987, p. 241.

⁵⁵ The Court actually recognised this in *Continental Can*. See CJEU, Case C-6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*, ECR [1973] 215, §25: “*Articles 85 and 86 seek to achieve the same aim on different levels, viz. the maintenance of effective competition within the common market. The restraint of competition which is prohibited if it is the result of behaviour falling under article 85, cannot become permissible by the fact that such behaviour succeeds under the influence of a dominant undertaking and results in the merger of the undertakings concerned*”.

homogeneity and convergence is warranted in the analysis of anticompetitive agreements, unilateral practices and concentrations.⁵⁶

In practice, the Court can test and promote transversal consistency when asked to determine *whether* a novel type of practice ought (or not) to be prohibited under one of the EU competition rules. For instance, given that under Article 101 TFEU, agreements that restrict parallel trade are deemed to restrict competition, it was consistent, in *Sot. LéloskaiSia EE et al. v GlaxoSmithKline AEVE*, and despite the silence of Article 102 TFEU, to consider that dominant firms' unilateral limitations of supplies to parallel traders fell within the purview of that provision. The Court noted that “*there can be no escape from [...] Article 102 TFEU*”, for the practices of a dominant firm “*which are aimed at avoiding all parallel exports*”.⁵⁷ The notion of transversal consistency is useful here to eliminate enforcement gaps in EU competition law.⁵⁸ It ensures that no conduct with anticompetitive effects goes unpunished simply by virtue of formal attributes.

Second, the concept of transversal consistency is also relevant in relation to the *tests* applicable to assess firms' conduct. The idea here is that strategies which wield similar types of competition concerns should, in principle, be subject to streamlined verification standards. This particular variant of transversal consistency could have significant consequences on several existing case-law standards. For instance, it is well known that exchanges of information agreements amongst oligopolists facilitate tacit coordination.⁵⁹ Like mergers amongst oligopolists, they are a form of “*facilitating practice*”.⁶⁰ However, unlike under the EUMR where the risk of tacit coordination is verified by the proof of three stringent cumulative conditions identified in *Bertelsmann AG v. Impala*,⁶¹ the case-law standard applied under Article 101 TFEU refers loosely to the proof that the “*degree of uncertainty on the market in question*” is reduced or

⁵⁶ See Ortiz Blanco 2012. The author for instance observes that there is no valid reason to differentiate market power thresholds in the various areas of EU competition law (p. 282).

⁵⁷ See CJEU, Joined Cases C-468/06 to C-478/06, *Sot. LéloskaiSia EE and Others V GlaxoSmithKline AEVE FarmakeftikonProionton, formerly Glaxowellcome AEVE*, ECR [2008] I-7139. There is a limit to consistency in this case though, because the Court, unlike in Article 101 TFEU, tolerated an exception to restrictions of parallel export, thus not equating it with a restriction by object (§71: “*it is nonetheless permissible for that company to counter in a reasonable and proportionate way the threat to its own commercial interests potentially posed by the activities of an undertaking which wishes to be supplied in the first Member State with significant quantities of products that are essentially destined for parallel export*”).

⁵⁸ It thus promotes the effectiveness of competition policy.

⁵⁹ Regardless of whether they are stand-alone exchanges of information or the result of other types of agreements, such as production, commercialisation, purchasing, standardisation joint ventures, etc.

⁶⁰ See Petit 2008.

⁶¹ See CJEU, Case C-413/06 P, *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, ECR [2008] I-4951, §251. Those conditions are derived from economic theory. See Petit 2008. However, the Court noted that “*in the appropriate circumstances, [the conditions may] be established indirectly on the basis of what may be a very mixed series of indicia and items of evidence relating to the signs, manifestations and phenomena inherent in the presence of a collective dominant position*”.

removed.⁶² This is clearly a source of unfortunate incoherence, which surely would deserve to be disambiguated on grounds of transversal consistency.

Discrepancies also straddle the areas of Articles 101 and 102 TFEU. For instance, the judgment rendered in *Tomra v. Commission* under Article 102 TFEU is inconsistent with previous case-law standards under Article 101 TFEU.⁶³ In this case, which concerned several exclusivity agreements, quantity commitments and individualised retroactive rebate schemes entered into by a dominant firm, the Court dictated that “*competitors should be able to compete on the merits for the entire market and not just for a part of it*”.⁶⁴ Taken literally, this suggests that a dominant firm may be found guilty of abuse as soon as it ties any share of market demand with exclusivity arrangements, regardless of the magnitude of the said arrangements (e.g. an exclusivity agreement that covers 1 % of market demand, and that in turn leaves 99 % of market demand open to rivals, could be held unlawful). This is apparently incongruent with other Courts’ judgments under Article 101 TFEU, such as the *Delimitis* case, where the market coverage of exclusive agreements was deemed key criteria to assess risks of anticompetitive foreclosure.⁶⁵

Finally, the principle of transversal consistency suggests to craft similar *exoneration* standards across Articles 101 TFEU, 102 TFEU and the EUMR. After all, why should anticompetitive practices that yield pro-competitive effects of equal nature and magnitude be treated differently, simply because they take a different form? As noted by Rousseva,⁶⁶ the issue becomes problematic with regard to practices that can be examined under both Articles 101 and 102 TFEU (e.g. vertical agreements).⁶⁷ Depending on the provision under which the case is envisioned, a single branding contract may benefit from an exemption under Article 101(3) TFEU on the grounds that it is pro-competitive, yet be found abusive under Article 102 TFEU.⁶⁸ This inconsistency risks undermining the “*effet utile*” of Article 101(3) TFEU, in prohibiting welfare enhancing practices (a so-called “Type I error”, or over fixing). In addition, it may encourage competition authorities, courts and complai-

⁶² See CJEU, Case C-7/95 P, *John Deere Ltd v Commission*, ECR [1998] I-3111; CJEU, Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECR [2009] I-4529; CJEU, Case C-194/99 P, *Thyssen Stahl AG v Commission*, ECR [2003] I-10821.

⁶³ See CJEU, C-549/10 P, *Tomra Systems ASA and Others v Commission*, not yet reported.

⁶⁴ *Ibid.*, §42.

⁶⁵ See CJEU, Case C-234/89, *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG*, ECR [1991] I-935, where the Court held that an exclusive agreement can only be deemed to restrict competition, (i) if it exerted a “*cumulative effect*” with “*similar agreements*”; and (ii) if it made “*a significant contribution to the sealing-off effect brought about by the totality of those agreements in their economic and legal context*”.

⁶⁶ See Rousseva 2006, p. 32.

⁶⁷ Be it alternatively or cumulatively.

⁶⁸ See Rousseva 2006.

nants to circumvent the exoneration of pro-competitive conduct by promoting innovative, yet untested interpretations of Article 102 TFEU.⁶⁹

Against this background, the principle of transversal consistency impregnates the Court judgment in *Post Danmark*. In this ruling, the Court introduced an informal possibility of exemption within Article 102 TFEU, tailored along the wording of Article 101(3) TFEU and aligned with the spirit of Recital 29 of the EUMR. The Court held in particular that a dominant firm can escape a finding of abuse, if it proves:

*that the efficiency gains likely to result from the conduct under consideration counteract any likely negative effects on competition and consumer welfare in the affected markets, that those gains have been, or are likely to be, brought about as a result of that conduct, that such conduct is necessary for the achievement of those gains in efficiency and that it does not eliminate effective competition, by removing all or most existing sources of actual or potential competition.*⁷⁰

Of course, this paragraph is a far cry from introducing an Article 102(3) TFEU, which would exempt otherwise abusive conduct. The analysis takes place within Article 102 TFEU, and thus bears more resemblance with the “*rule of reason*” methodology applied in US antitrust law or with the “*efficiency defense*” applied under the EUMR.⁷¹ This notwithstanding, it renders abuse of dominance law more “*transversally consistent*” with other domains of competition law, and in turn contributes to legal certainty.

3.3 “*Internal Consistency*”, or *Consistency Within Competition Rules*

A second best rule-making practice is to promote consistency within each domain of EU competition law. This notion can be labelled “*internal consistency*”. It has three ramifications. First, under this concept, new case-law standards adopted under a specific competition provision (Articles 101 TFEU, 102 TFEU or the EUMR) should be consistent, compatible and coherent with prior case-law standards adopted under the same competition provision.

Second, if the Court departs from settled case-law, a consistent rule-making approach is to expressly (i) distinguish the later solution from previous judgments⁷²; or (ii) overrule prior judgments.⁷³ On this issue, a reminder is in order. As

⁶⁹ The *Compagnie Maritime Belge* case is an illustration of such type of avoidance strategy. See, on this, Petit 2008.

⁷⁰ See CJEU, Case C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, not yet reported, §42.

⁷¹ See, along those lines, Opinion of Mr Advocate General JACOBS delivered on 28 October 2004 in Case C-53/03, *SynetairismosFarmakopoionAitolias&Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEVE*, ECR [2005] I-4609, § 72.

⁷² The distinguishing method is frequently used in EU law. See Coutron 2009, pp. 643–676.

⁷³ Examples of explicit reversal of prior case-law by the Court are rare. See, however, CJEU, Case C-10/89, *SA CNL-SUCAL NV v HAG GF AG (“Hag II”)*, ECR [1990] I-3711, §10, where the Court noted “*Bearing in mind the points outlined in the order for reference and in the discussions before the Court concerning the relevance of the Court’s judgment in Case 192/73 Van Zuylen v HAG*

is well known, the Court is not hostage to prior pronouncements.⁷⁴ It does not apply the doctrine of precedent, or *stare decisis*, and is thus not technically bound by its earlier judgments.⁷⁵ Yet, this should not provide a *carte blanche* for crafting conflicting/evolving standards in silence. Whilst this might amuse academics (and confuse students), lawyers, economists and officials alike need to clearly know when legal standards change.

Third, when the Court defines or refines legal rules, it should refrain from quoting old precedents which say wholly distinct things as source of precedential authority.⁷⁶ This is indeed akin to revisiting, in disguise, settled case-law. And this is, in turn, likely to degrade legal certainty.⁷⁷

Those three ramifications of internal consistency find illustrations in the competition case-law of the Court. To start, the ruling of the Court in the *Football Association Premier League Ltd.* (also known as the “FAPL” or “Greek decoders” case) shows how the Court ensures “*internal consistency*” when faced with novel competition law issues. Here, the Court was questioned on the compatibility with Article 101 TFEU of several licensing agreements which sought to restrict national TV broadcasters’ exports of decoders towards other Member States. The

(Footnote 73 continued)

[1974] ECR 731 to the reply to the question asked by the national court, it should be stated at the outset that the Court believes it necessary to reconsider the interpretation given in that judgment in the light of the case-law which has developed with regard to the relationship between industrial and commercial property and the general rules of the Treaty, particularly in the sphere of the free movement of goods”. See also CJEU, Joined cases C-267/91 and C-268/91, *Criminal Proceedings v Keck and Mithouard*, ECR[1993] I-6097, §16: “By contrast, contrary to what has previously been decided, the application to products from other Member States of national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements is not such as to hinder directly or indirectly, actually or potentially, trade between Member States within the meaning of the Dassonville judgment (Case C-8/74 [1974] ECR 837), so long as those provisions apply to all relevant traders operating within the national territory and so long as they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other Member States”.

⁷⁴ A doctrine of this kind would generate a risk of “ossification” of legal standards.

⁷⁵ See Opinion of Mr Advocate General La Pergola delivered on 12 February 1998 in Case C-262/96, *SemaSürül v Bundesanstalt für Arbeit*, ECR [1999] I-2685, §36: “The rule *stare decisis* has not been incorporated in the Community judicial system. The Court does not of course fail to ensure that its case-law displays continuity and that its judgments are logically compatible and not contradictory with each other. However, the Court is not technically bound by its earlier judgments”.

⁷⁶ See Coutron 2009, pp. 673–674.

⁷⁷ As noted by the European Court of Human Rights, where there is no formal doctrine of precedent, “it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without cogent reason, from precedents laid down in previous cases” (emphasis added). See *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, § 70, ECHR 2001-I.

Court answered that the impugned practices were akin to restrictions of competition by object⁷⁸ which could not be salvaged under Article 101(3) TFEU.⁷⁹

The judgment has shocked the broadcasting industry, given its potential to undermine the lucrative national exclusivity licensing model for sports rights.⁸⁰ But on close analysis, the *FAPL* standard has nothing particularly original. It is based on a thick pile of judicial pronouncements, starting with *Consten&Grundig* and *Nungesser*, which consistently equated agreements that organise absolute territorial protection and export bans with restrictions of competition by object, that are in turn ineligible for exemption.⁸¹ In sum, on grounds of “*internal consistency*”, the Court was right to select this competition law standard.⁸²

In contrast, the judgment of the Court in *Konkurrensverket v TeliaSoneraSverige AB* casts light on the intrinsic difficulty that the Court may face when dealing with the second ramification of “*internal consistency*” (i.e. distinguishing/overruling precedents). In this case, the Court had to clarify the test applied to abusive margin squeezes under Article 102 TFEU.⁸³ In a margin squeeze scenario, a vertically integrated firm excludes downstream rivals by raising the wholesale price of inputs it sells to them (for instance, access to a telephone network); and/or by decreasing downstream retail prices (for instance, end-users fixed lines’ subscriptions).

The Court decided to subject margin squeeze cases to a test distinct, and laxer, from the so called “*Bronner*” test applicable in refusal to supply cases, where the vertically integrated firm excludes rivals by withholding supplies. In refusal to supply cases, three stringent cumulative conditions—notably that the input at hand is “*indispensable*” to rivals—must indeed be proven to find abuse.⁸⁴

⁷⁸ See CJEU, Joined cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08)*, not yet reported, §139.

⁷⁹ *Ibid.*, §141.

⁸⁰ See Werner and Völk 2011, pp. 18–20; Clifton 2011, pp. 38–46.

⁸¹ See CJEU, Joined cases C-56 and 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission*, ECR [1966] 299. See also CJEU, Case 258/78, *L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission*, ECR [1982] 2015, §61.

⁸² A recent judgment seems, however, to disrespect this first ramification of the principle of “*internal consistency*”. In *Pierre Fabre Dermocosmétiques* the Court held that objective justifications ought to be examined under Article 101(1) TFEU. See CJEU, Case C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l’Autorité de la concurrence and Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, not yet reported, §41. This judgment is not fully congruent with previous case-law, where the Court had surmised—in *Montecatini*, for instance—that “*rule of reason*”-inspired assessments had no place within Article 101(1) TFEU. See CJEU, Case C-235/92 P, *Montecatini SpA v Commission*, ECR [1999] I-4539, §133. Under this case-law indeed, objective justifications, pro-competitive effects or other efficiency benefits ought to be examined under Article 101(3) TFEU, not Article 101(1) TFEU.

⁸³ See CJEU, Case C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSoneraSverige AB*, not yet reported.

⁸⁴ *Ibid.*, §70.

To introduce a new, laxer legal standard, the Court rightly sought to distinguish margin squeezes cases from—constructive—refusals to supply cases.⁸⁵ It first hinted, at §25 of its judgment, that a margin squeeze belongs to a distinct family of abuses, i.e. those that impose “*unfair prices*” on customers within the meaning of Article 102(a) TFEU.⁸⁶ Subsequently, the Court went on to say, even more explicitly that:

It cannot be inferred from paragraphs 48 and 49 of [the Bronner] judgment that the conditions to be met in order to establish that a refusal to supply is abusive must necessarily also apply when assessing the abusive nature of conduct which consists in supplying services or selling goods on conditions which are disadvantageous or on which there might be no purchaser. Such conduct may, in itself, constitute an independent form of abuse distinct from that of refusal to supply (emphasis added).

In other words, since margin squeeze and refusal to supply cases are two distinct types of cases, there is no obstacle to applying different evidentiary standards to them (and in particular, to exonerating the Commission from proving that the input is indispensable in margin squeeze cases).

At first glance, the reasoning of the Court fulfils the requirement of “*internal consistency*”. Yet, on close examination, doubts arise as to whether the Court could really distinguish the two types of cases. After all, can a firm charge rivals “*unfair*” prices within the meaning of Article 102(a) TFEU, if it does not possess something that is “*indispensable*” to them, within the meaning of the case-law on refusal to supply? Moreover, from an “*outcome*” perspective, the judgment seems, in and of itself, inconsistent.⁸⁷ If a firm can lawfully eliminate rivals by withholding supplies, how can it be guilty of abuse when it supplies them at high prices? In the language of driving metaphors, this is akin to prohibiting speeding above 120 km/h, yet tolerating it above 150 km/h. And dominant firms should be advised to forego supplies to competitors, rather than to share their inputs with them. All this clearly throws doubts on whether this legal standard is a consistent one.

⁸⁵ *Ibid.*, §56 and seq.

⁸⁶ *Ibid.*, §25: “As regards the abusive nature of pricing practices such as those in the main proceedings, it must be noted that subparagraph (a) of the second paragraph of Article 102 TFEU expressly prohibits a dominant undertaking from directly or indirectly imposing unfair prices”.

⁸⁷ Other forms of “*outcome*” inconsistencies have appeared in the case-law related to Regulation 1/2003. For instance, the *VEBIC* and *Tele2 Polska* judgments, which concern the powers of National Competition Authorities (“*NCA*s”), are not fully in line with one another. Surely, those cases share the common feature of giving precedence to the principle of effectiveness over procedural autonomy (in this sense, they are also a little incongruent with another ruling, in *Pfleiderer*, which clearly favours procedural autonomy over effectiveness). However, in *VEBIC*, the Grand Chamber of the Court of Justice held that the effectiveness of EU competition law dictated to entrust *NCA*s with the ability to appear before the review courts (see CJEU, Case C-439/08, *Vlaamsefederatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebepwerkers (VEBIC) VZW*, *supra*, §61 and 64), thereby adding to the wording of Article 5 of Regulation 1/2003, which sets out a list of prerogatives that all *NCA*s must be entrusted with. In contrast, however, in *Tele2 Polska*, the Court took a somewhat more restrictive approach of the powers of *NCA*s under Article 5 of Regulation 1/2003. In this case, the CJEU considered that *NCA*s were not entitled to adopt positive (inapplicability) decisions, including possibly Article 101(3) TFEU decisions, under Regulation 1/2003.

Finally, the third ramification of the principle of “*internal consistency*” may also have been occasionally neglected in the competition case-law. Some judgments that introduce novel legal standards indeed cite inappropriate precedents in support of them.⁸⁸ The judgment of the Court in *Pierre Fabre Dermocosmétiques* is a case in point. The Court here asserts the novel principle that selective distribution systems “*are to be considered, in the absence of objective justification, as ‘restriction by object’*” under Article 101(1) TFEU.⁸⁹ And in support of this contention, the Court quotes, in a previous sentence, its precedent in *AEG-Telefunken v Commission*. However, the judgment in *AEG-Telefunken v. Commission* did not use the notion of “*objective justification*” as a concept evincing the application of Article 101(1) TFEU, but rather talked of “*legitimate requirements*”.⁹⁰ Such pronouncements, which look clearly inconsistent, generate more questions than answers.⁹¹ They would deserve at least a word of explanation.

3.4 “*Scientific Consistency*”, or *Consistency Across Competition Law and Economics*

As a third best judicial practice, consistency in rule-making ought finally to be achieved across the twin disciplines of competition law and economics. In layman’s terms, the Court should check that proposed competition law standards “*make sense*” from an economic standpoint. At the extreme, the Court may even draw inspiration from competition economics to devise legal standards.

Interestingly, while many lawyers have voiced antipathy towards the use of economics in competition enforcement activities (i.e. in cases), most of them generally acknowledge their relevance for the design of general legal rules. As Mrs. Ortiz Blanco and Lamadrid observe, “*the design of legal rules must necessarily be the fruit of the efforts of a hybrid community in which lawyers and economists should understand each other’s disciplines*”.⁹²

Of course, there are many economic theories, including conflicting ones.⁹³ Moreover, the predictions of economic models on the competitive effects of

⁸⁸ See, for a similar view in other areas of EU law, Coutroun 2009, p. 673.

⁸⁹ See CJEU, Case C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l’Autorité de la concurrence and Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, *supra*, §33.

⁹⁰ See CJEU, Case 107/82, *AllgemeineElektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v Commission*, ECR [1983] 3151, §33.

⁹¹ Such as whether the Court got the quote wrong. In addition, they may lead to the progressive disappearance of solid case-law precedents, through the snow-ball effect linked to the repetition of the new precedent, and the progressive disappearance of older case-law citations.

⁹² See Ortiz Blanco and Lamadrid 2012, p. 308.

⁹³ Some even say that there are as many economic theories as economists themselves. In the area of predatory pricing, for instance, economists remain divided on whether proof of recoupment is necessary to establish an unlawful abuse.

business practices often depend on narrow factual assumptions.⁹⁴ Hence, the Court may face an embarrassment of riches, given the luxuriance of alternative economic standards.⁹⁵

In our opinion, however, those objections are indecisive.⁹⁶ Contrary to what the *voxpopuli* believes, competition economists do not disagree on everything. There are several core, general principles of competition economics that seem sufficiently consensual, and that are not contingent on specific assumptions (economists call them “*robust*” principles). To take only a few examples of them, one would point out to the view that cartels are wholly inefficient, that scale (or size) is not necessarily adverse to welfare, that prices below marginal costs are irrational, that firms respond to incentives, that profits trigger entry, etc.⁹⁷

In concrete terms, “*scientific consistency*” can help the Court in three aspects of rule-making. First, given that many competition law concepts are open-textured, the Court is frequently solicited to *define* the meaning of Treaty provisions (e.g. the notions of “*undertaking*”, “*abuse*”, “*concerted practice*”, etc.) and secondary legislation provisions (e.g. the notion of a “*hardcore restriction*”). And often, we lawyers have the reptilian reflex of inventing *sui generis* concepts, whose primary effect is just to add-up new definitional uncertainties. In such settings, the Court can—and should not hesitate to—craft legal *definitions* that borrow from the language of competition economics, when legal jargon is all but useful.

Interestingly, the existing case-law of the Court brings telling illustrations of this. For instance, in a not so distant past, the Court was used to define “*collective dominance*” with *sui generis* terms such as “*correlative factors*”,⁹⁸ “*collective entity*” and “*connecting factors*”.⁹⁹ As a result, it remained long unclear whether pure

⁹⁴ For instance, a 100 % market share may well be tantamount to a monopoly in a basic industrial sector, yet confer no market power on its holder in a dynamic industry characterised by network externalities, first mover advantages, and low barriers to entry.

⁹⁵ And the choice of one theory/model over the other may be tainted by ideology.

⁹⁶ Another objection is that if the Court may define and select proposed legal standard on the basis of economic considerations, it should also be able to do so on the basis of other non-economic disciplines, policies, values and goals (e.g. moral, ethics, equity, redistribution, etc.). Needless to recall, however, that in the early 1950s, the adoption of a competition policy was a key component of the achievement of the European Steel and Coal Community, and later of the European Economic Communities, whose primary objectives were economic in nature. Consequently, economic considerations have certainly a critical role to play, possibly in tandem with other considerations, in the design of competition law standards.

⁹⁷ Those principles may well suffer from derogations. But legal principles also have exceptions. So this objection is no basis to discard the use of economics in the design of legal rules.

⁹⁸ See CJEU, Case C-68/94, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et entreprise minière et chimique (EMC) v. Commission*, ECR [1998] I-1375, §211. see also Papadias 2004, p. 120.

⁹⁹ See CJEU, C-395/96 and C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge transports and others v. Commission*, ECR [2000] I-1365. See also CJEU, Case C-497/99 P, *Irish Sugar plc v Commission*, ECR [2001] I-5333, §44.

oligopolistic tacit collusion was covered under Article 102 TFEU.¹⁰⁰ In the *Bertelsmann AG v. Impala* ruling, the Court eventually accepted to talk the language of economics, by equating collective dominance with the economic notion of “*tacit coordination*” in “*oligopoly*” markets.¹⁰¹ In so doing, it dispelled all outstanding uncertainties.¹⁰² From a scientific consistency standpoint, this is a welcome judgment.

In contrast, several competition law concepts that have voyaged through the decades could benefit from a definitional “*lifting*”. The antiquated notion of a “*dominant position*” belongs to the list of priority candidates.¹⁰³ The case-law defines it in terms of “*independence*” from competitors, customers and consumers.¹⁰⁴ But from an economic standpoint, no firm “*except maybe a monopolist protected by insurmountable barriers to entry and facing a completely inelastic*

¹⁰⁰ The Court’s reluctance to employ the language of economics triggered a plethora amount of scholarship. In addition, it gave rise to an important degree of legal uncertainty. The doctrine of collective dominance was invoked in all directions, as a shortcut to regulate all sorts of market structures and practices. First, in the *Irish Sugar* case, the Commission crafted a somewhat innovative doctrine of “*vertical*” collective dominance that the Court confirmed. In this case, the Commission was attempting to put an end to a series of abuses entered into by a supplier and its distributor. See CJEU, Case C-497/99 P, *Irish Sugar plc v Commission*, *supra*. Second, in *Almelo and La Crespelle*, the EU courts applied the concept of collective dominance to circumvent another legal obstacle. In those cases, several firms of regional/local importance each enjoyed a dominant position on a number of distinct and narrow geographic markets. Taken one by one, the dominant position of each firm did not seem to affect “*the internal market or substantial part of it*”, as requested under Article 102 TFEU. However, in close similarity with the cumulative effects doctrine under Article 101 TFEU, the Court considered that it was possible to aggregate individual dominant positions on different markets under the concept of collective dominance, so that a substantial part of the common market was affected. See CJEU, Case C-393/92, *Gemeente Almelo and others v. Energiebedrijf IJsselmij*, ECR [1994] I-1477; CJEU, Case C-383/93, *Centre d’insémination de la Crespelle v. Coopérative de la Mayenne*, ECR [1994] I-5077. See Nihoul and Rodford 2004, §3.327. Third, the Commission and the EU Courts found that agreements between maritime companies that were not subject to Article 101 TFEU, could be caught by Article 102 TFEU, under the notion of collective dominance. See C-395/96 and C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge transports and others v. Commission*, *supra*. Finally, a number of plaintiffs have also tried to invoke the concept of collective dominance in order to challenge national laws on the basis of Article 102 TFEU and Article 4(3) TEU. In all those cases, however, the CJEU dismissed the claims. See CJEU, Case C-96/94, *Centro Servizi Spediporito v. Spedizioni Marittima del Golfo*, ECR [1995] I-2883, §34; CJEU, Case C-140/94, *DIP and others v. Comune di Bassano del Grappa and others*, ECR [1995] I-3257, §27; CJEU, Case C-70/95, *Sodemare and others v. Regione Lombardia*, ECR [1997] I-3395.

¹⁰¹ See CJEU, Case C-413/06 P, *Bertelsmann AG v. Impala*, *supra*.

¹⁰² A plethora of articles running in all directions has been written on that issue. The author of those lines even devoted a chapter of his Phd to this problem.

¹⁰³ Economists favour the more tractable concept of “*substantial market power*” or “*significant market power*”. This notion is actually the one used by the EU Commission in its Guidance Paper on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24.2.2009, pp. 7–20, § 14. It is also used in the field of electronic communications regulation.

¹⁰⁴ See CJEU, Case C-27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission*, ECR [1978] 207, §65: “*the dominant position referred to in this article relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective*

demand” has such independence.¹⁰⁵ In addition, the requirement of independence is not consistent with the application of Article 102 TFEU to jointly dominant firms in a state of oligopolistic “*interdependence*”.¹⁰⁶

Another client for a definitional revision is the vexing notion of anticompetitive “*object*” under Article 101 TFEU. In a string of judgments, the Court has moved away from characterising “*object*” as “*intent*”, “*aim*” or “*purpose*”.¹⁰⁷ It has allegedly expanded this notion to an indeterminate range of practices whose categorisation as a restriction by “*object*” requires an “*individual assessment*” of “*the content of its provisions, the objectives it seeks to attain and the economic and legal context of which it forms a part*” (e.g. selective distribution, exchange of information agreements, etc.).¹⁰⁸

This case-law has disconcerted many lawyers.¹⁰⁹ Here again, however, economics can soothe lawyers’ concerns. From an economic standpoint, a restriction by object should be defined as conduct, which in the abstract, can be presumed to trigger anticompetitive effects with a high likelihood (for instance, a cartel).¹¹⁰ Accumulated enforcement experience and economic theory shall provide guidance on which practices can be presumed to hobble competition. In contrast, all practices whose proclivity to trigger anticompetitive effects is indeterminate should fall out of the “*object*” box, and be subject to a concrete, full-blown effects-based assessment (for instance, an exclusivity contract).¹¹¹

The second level where “*scientific consistency*” is important concerns the *creation* of evidentiary standards. Proposed case-law tests for the prohibition or

(Footnote 104 continued)

competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers”.

¹⁰⁵ See O’Donoghue and Padilla 2006, p. 108. See also Ahlborn et al. 2006.

¹⁰⁶ See CJEU, Case C-413/06 P, *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, *supra*, §120, talking of interdependence.

¹⁰⁷ Earlier case-law indeed seemed to interpret object as related to intent, aims, objective, or purpose. See for instance, CJEU, Joined cases C-29/83 and 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission*, ECR [1984] 1679, §26; See also, Joined Cases C-96/82 to 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 and 110/82, *IAZ International Belgium and Others v Commission*, ECR [1983] 3369, §25.

¹⁰⁸ See CJEU, Case C-209/07, *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, ECR [2008] I-8637, §16; CJEU, Joined cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, *supra*, §58; CJEU, Joined cases C-403/08 and C-429/08, *Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08)*, *supra*, §135; CJEU, Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, *supra*, §27.

¹⁰⁹ See Gerard 2012.

¹¹⁰ See Neven 2009.

¹¹¹ Put differently, the *summa divisio* object/effect should be construed as probabilistic in nature.

exoneration of business practices under the competition rules should be consistent with—and possibly draw inspiration from—basic competition economics.¹¹²

The Court’s case-law offers a wealth of illustrations of this, and it is beyond the ambition of this paper to discuss them all. To talk of prohibition standards first, perhaps one of the best examples of “*scientific consistency*” belongs to the field of predatory pricing.¹¹³ In *AKZO*, and later in *Tetra Pak II*, the Court devised legal standards aligned on the so-called “*Areeda-Turner*” price-costs test.¹¹⁴ It held that prices below average variable costs (“AVC”) must always be considered abusive.¹¹⁵ In more recent times, the Court in *Post Danmark* substituted the AVC benchmark with the average incremental costs (“AIC”) benchmark, presumably to reflect advances in economic theory.¹¹⁶ According to economists, AIC is better than AVC, “*because it most accurately reflects the cost of making the predatory sales*”.¹¹⁷

Likewise, competition economics have also been influential in relation to exoneration standards. In the 1980s, a controversy arose on whether a “*concerted practice*” under Article 101 TFEU could simply be established on the basis of observed parallel conduct on a relevant market (for instance, price increases). In its seminal judgment in *Woodpulp II*, the Court held that “*parallel conduct cannot be regarded as furnishing proof of concertation unless*

¹¹² Interestingly, in setting limitative conditions where otherwise lose infringements would easily be established, economics promote legal certainty by limiting arbitrariness.

¹¹³ Excessive (or unfair) pricing cases under Article 102(a) TFEU provide also a good illustration of the use of economics in setting legal standards. Under Article 102(a), it is abusive to “*directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions*”. This is generally referred to as “*excessive pricing*”. In *United Brands*, the Court proposed to consider a price “*excessive*” when “*it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied*”. See CJEU, Case C-27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission*, ECR [1978] 207, §250–252. Importantly, the ECJ adopted the following two-steps approach for determining whether a price is excessive. Specifically, one would have to: “[*Examine w]hether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive*”; and; “[*If the answer to this question is in the affirmative, [determine] whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products*”. Whilst some of the words in those statements deserve surely to be criticised for their lack of accuracy (“*excessive*”, “*abstract*”, etc.), the use of a price-costs benchmark to filter out abuse from lawful conduct is in line with mainstream economics.

¹¹⁴ And went beyond the standards proposed by the Commission.

¹¹⁵ And that prices above average variable costs (but below average total costs) could only be so if an intention to eliminate competition can be shown. Areeda and Turner had proposed to hold predatory prices unlawful below marginal costs. However, in practice, those prices are difficult to calculate. Hence, Areeda and Turner they offered to substitute average variable costs. See Areeda and Turner 1975, pp. 697–733.

¹¹⁶ See CJEU, Case C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, *supra*, §§37–38. The Court did not change the cost standard on its own motion, but under a suggestion from the referring Court in the pending case, which referred to average incremental costs. Yet, in its judgment, the Court could have instead decided to maintain its former AVC standard.

¹¹⁷ See Motta 2004, at p. 448 (citing a paper by Bolton et al.).

concertation constitutes the only plausible explanation for such conduct".¹¹⁸ This statement was based on the findings of economist E. Chamberlin, who had shown in 1929 that in certain oligopolistic markets, conscious parallelism may arise, short of any collusive arrangement amongst oligopolists.¹¹⁹ On this basis, the Court crafted an "*oligopoly defense*" to shield oligopolists from antitrust exposure when parallel conduct is dictated by structural market features.

Finally, the rule of "*scientific consistency*" can play a useful role with a view to adapting, adjusting or modifying established competition law standards. A great deal of the modern competition economics literature indeed seeks to assess whether existing legal standards outlaw welfare-enhancing practices (Type 1 errors, or over fixing) or fail to apprehend welfare-decreasing practices (Type 2 errors, or under fixing). This literature can help the Court refine competition law standards.

So far, the Court has seemed quite attentive to risks of type I and type II errors. The judicial output under Article 102 TFEU provides examples of this. On the one hand, the case-law is marked by the slow generalisation, in relation to all types of potentially abusive practices, of a new cause of defense based on the ability for dominant firms to get off the hook by proving the existence of "*objective economic justifications*".¹²⁰ It is today clear that otherwise abusive refusals to supply,¹²¹ excessive prices,¹²² margin squeezes,¹²³ price cuts¹²⁴ and rebates¹²⁵ may be redeemed if, on balance, they exert positive effects on welfare.

On the other hand, the Court has revised legal standards that risked exonerating welfare-reducing practices. In *Magill* and *IMS Health*, for instance, it developed an "*exceptional circumstances*" doctrine to force dominant firms to grant licences on

¹¹⁸ See CJEU, Joined cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 to C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö a. o. v. Commission*, ECR [1993] I-1307, §71.

¹¹⁹ Another reason why *Woodpulp II* is important is because it is the last case in which the Court hired its own economic expert to assist it. Of course, the parties often commission their own experts. But those experts are not "*independent*".

¹²⁰ See CJEU, Case C-95/04 P, *British Airways plc v Commission*, ECR [2007] I-2331. Other concepts, such as "*legitimate commercial interests*" or "*objective necessity*" have also been used in the case-law. Surely, the crux of the issue is how the Commission and inferior courts will apply this exculpatory standard (on this issue, there are "*mixed signals*", see Ortiz Blanco and Ibanez Colomo 2011, pp. 72–73).

¹²¹ See CJEU, Case C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEVE*, ECR [2005], I-4609; CJEU, Joined cases C-6 and 7/73, *ICI S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission*, ECR [1974] 223; CJEU, Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission* ("*Magill*"), ECR [1995] I-743.

¹²² See CJEU, Case C-52/07, *Kanal 5 Ltd and TV 4 AB v Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, ECR [2008] I-9275.

¹²³ See CJEU, Case C-52/09, *Konkurrensverket v Telia Sonera Sverige AB*, *supra*.

¹²⁴ See CJEU, Case C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrenserådet*, *supra*.

¹²⁵ See CJEU, Case C-95/04 P, *British Airways plc v Commission*, *supra*.

their IP rights, if this raised an obstacle to the apparition of a new product.¹²⁶ In *Compagnie Maritime Belge*, the Court also observed that in “*specific circumstances*” above costs price cuts could be deemed abusive.¹²⁷ In *Tetra Pak II*, the Court noted that price cuts by a non-dominant firm could be tantamount to abuse in “*special circumstances*”.¹²⁸ Finally, in *TeliaSonera*, the Court introduced three exceptions to the “*general rule*” that low prices are only abusive if they do not cover the dominant firm’s own costs.¹²⁹

4 Conclusion

In his memoirs, J. Monnet recalled that on the entire territory of the Community, he had never heard anyone criticise a judgment of the Court.¹³⁰ Monnet, however, had not anticipated that with rising penalties imposed on businesses for competition infringements, the naysayers would become increasingly vocal.

As explained previously, however, many of those who lambast the Court’s competition case-law are biased by self-serving interests. In our opinion, consistency in rule-making provides a better, objective benchmark to assess the Court’s competition output.

¹²⁶ See CJEU, Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P, *Radio TelefisEireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (“Magill”)*, *supra*, §50 et CJEU, Case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*, ECR [2004] I-5039, §35.

¹²⁷ See CJEU, C-395/96 and C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge transports and others v. Commission*, *supra*, §§114 and 117.

¹²⁸ See CJEU, Case C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v Commission (“Tetra Pak II”)*, ECR [1996] I-5951, §27 (see, making this point, Ortiz Blanco and Ibanez Colomo 2011, p. 79).

¹²⁹ In three circumstances, the—possibly higher—costs of less efficient competing firms can be used as benchmarks. See CJEU, Case C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, *supra*, §41: “*reference should be made, as a general rule, to pricing criteria based on the costs incurred by the dominant undertaking itself and on its strategy*”; and §45: “*That said, it cannot be ruled out that the costs and prices of competitors may be relevant to the examination of the pricing practice at issue in the main proceedings. That might in particular be the case where the cost structure of the dominant undertaking is not precisely identifiable for objective reasons, or where the service supplied to competitors consists in the mere use of an infrastructure the production cost of which has already been written off, so that access to such an infrastructure no longer represents a cost for the dominant undertaking which is economically comparable to the cost which its competitors have to incur to have access to it, or again where the particular market conditions of competition dictate it, by reason, for example, of the fact that the level of the dominant undertaking’s costs is specifically attributable to the competitively advantageous situation in which its dominant position places it*”. This last hypothesis suggests that less efficient competitors might be protected under Article 102 TFEU.

¹³⁰ Author’s translation of « *je n’ai jamais entendu dire qu’un arrêt de la Cour ait été contesté [...] sur l’ensemble du territoire de la Communauté* ». See Monnet 1988.

In the future, if the Court wants to live up to the remarkable quality of its case-law in EU competition cases, it should seek, as a best judicial practice, to craft consistent competition law standards. Of course, our three best practices for consistent rule-making may not always be “*ergonomic*”. They will not always point out to a silver-bullet solution, and will rather leave the Court with a variety of options. Moreover, they may even be inconsistent with one another.

But, it is eventually the Court’s duty to arbitrate such difficult situations. And in this mission, the Court is not alone. After all, the Commission, the parties, the Member States and the national courts all have a voice to express in the rule-making process.¹³¹

References

- Ahlborn C, Denicolò V, Geradin D, Padilla J (2006) DG Comp’s discussion paper on Article 82: implications of the proposed framework and antitrust rules for dynamically competitive industries, Working paper, March 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=894466> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.894466>
- Areeda P, Turner DF (1975) Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act. *Harv Law Rev* 88(4):697–733
- Barbier de la Serre E (2012) Competition law cases before the EU Courts: is the well running dry. In: Merola M, Derenne J (eds) *The role of the Court of Justice of the European Union in competition law cases*. Bruylant, Brussels, pp. 98 and 99
- Basedow J, Wurmnest W (2011) *Structure and effects in EU competition law*. Kluwer Law International, The Hague
- Clifton M-J (2011) The publican’s dilemma: the legality of showing the premiership using an imported satellite decoder card. *Eur Law Report* 2:38–46
- Confederation of the British Industry (2006) *The need for an EU competition court*, 15 June 2006. <http://www.cbi.org.uk>
- Coutron L (2009) *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*. *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 45(4):643–676
- Craig P, De Burca G (2011) *The evolution of EU law*, 2nd edn. Oxford University Press, Oxford, p 733
- Drexl J, Kerber W, Podszun R (2011) *Competition policy and the economic approach, foundations and limitations*. Edward Elgar Publishing, Northampton
- Geradin D, Petit N (2012) *Judicial review in European Union competition law: a quantitative and qualitative assessment*. In: Merola M, Derenne J (eds) *The role of the Court of Justice of the European Union in competition law cases*. GCLC annual conference series, Bruylant, Brussels, p 21
- Geradin D, Layne-Farrar A, Petit N (2012) *EU competition law and economics*. Oxford University Press, Oxford
- Gerard D (2012) *The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: modernisation at war with itself?* In: Bourgeois J, Waelbroeck D (eds) *Ten years of the effects based-approach in EU competition law*. Proceedings of the 2011 annual conference of the GCLC, Bruylant, Brussels

¹³¹ Moreover, the Court may well seek the assistance of experts, including economists, as it did in *Woodpulp II*. See CJEU, C-129/85 *Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission*, [1993] ECR I-1307 and *supra*.

- Gerber D (1994) The transformation of European Community competition law? *Harv Int Law J* 35:127
- Gerber D (2010) Anthropology, history and the “more economic approach” in European competition law—a review essay. *Int Rev Intellect Prop Compet Law* 41:441
- Goyder DG (2003) *EC competition law*, 4th edn. Oxford University Press, Oxford
- Krattenmaker T, Lande R, Salop S (1987) Monopoly power and market power in antitrust law. *Georgetown Law J* 76:241
- Leskinen C (2010) An evaluation of the rights of defense during antitrust inspections in the light of the case-law of the ECtHR: would the accession of the European Union to the ECHR bring about a significant change? Working paper IE Law School 10-04, 29 April 2010
- Merola M, Derenne J (eds) (2012) *The role of the Court of Justice of the European Union in competition law cases*, GCLC annual conference series, 2, Bruylant, Brussels
- Merola M, Waelbroeck D (eds) (2010) *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe. Time for a review of regulation 1/2003?* GCLC annual conference series, 1, Bruylant, Brussels
- Monnet J (1988) *Mémoires*. Fayard, Paris
- Motta M (2004) *Competition policy—theory and practice*. Cambridge University Press, Cambridge, p 448
- Neven D (2009) Whether and how to evaluate effects. Speech at Crai conference, Brussels, 9 Dec 2009. http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/crai_122009.pdf (and/or a high magnitude)
- Nihoul P, Rodford P (2004) *EC electronic communications law*. Oxford University Press, Oxford
- O’Donoghue R, Padilla J (2006) *The law and economics of Article 82 EC*. Hart Publishing, Oxford
- Odudu O (2006) *The boundaries of EC competition law: the scope of article 81*. Oxford University Press, Oxford
- Ortiz Blanco L (2012) *Market power in EU antitrust law*. Hart Publishing, Oxford
- Ortiz Blanco L, Ibanez Colomo P (2011) Evolving priorities and rising standards: Spanish law on abuses of market power in the light of the 2008 Guidance Paper on Article 82 EC. In: Pace LF (ed) *European competition law: the impact of the commission’s guidance on Article 102*, Edward Elgar, Cheltenham, pp 72–73
- Ortiz Blanco L, Lamadrid De Pablo A (2011) EU competition law enforcement elements for a discussion on effectiveness and uniformity. Fordham 38th conference on international antitrust law and policy, Sept 2011, mimeo
- Ortiz Blanco L, Lamadrid De Pablo A (2012) Expert economic evidence and effects-based assessments in competition law cases. In: Merola M, Derenne J (eds) *The role of the Court of Justice of the European Union in competition law cases*, GCLC annual conference series, 2, Bruylant, Brussels, p 308
- Papadias L (2004) Some thoughts on collective dominance from a lawyer’s perspective. In: Buigues P, Rey P (eds) *The economics of antitrust and regulation in telecommunications*. Edward Elgar, Cheltenham, p 120
- Petit N (2008) *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*. Bruylant, Paris
- Prieto C (2006) *Pouvoir de marché et liberté des entreprises: les fondements de la politique de concurrence*. Dalloz, Paris, p 1603
- Rousseva E (2006) The concept of ‘objective justification’ of an abuse of a dominant position: can it help to modernise the analysis under Article 82 EC? *Compet Law Rev* 2(2):32
- Schwarze J (2009) Speaking at the workshop “*Accès à la justice*” at the celebration of 20 years of the Court of First Instances of the European Communities, 2009. <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-10/schwarze.pdf>
- Stucke M (2011) Reconsidering competition. *Miss Law J* 81:107
- Stucke M (2012) What is competition? In: Zimmer D (ed) *The goals of competition law*. Edward Elgar, Cheltenham, pp 27–52
- Temple Lang J (2011) Three possibilities for reform of the procedure of the European Commission in competition cases under Regulation 1/2003. In: Baudenbacher C (ed) *Current*

- developments in European and international competition law, 17th St Gallen international competition law forum. Helbing, lichtenhahn verlag, Basel, pp 219–256
- Townley C (2009) Article 81 EC and Public Policy. Hart Publishing, Oxford
- Van Den Bergh R, Camesasca P (2006) European competition law and economics. A comparative perspective. Sweet & Maxwell, London, pp 105–150
- Vesterdorf B (2005) Judicial review and competition law—reflections on the role of the community courts in the EC system of competition law enforcement. *Compet Policy Int* 1(2)
- Waelbroeck D, Fosselard D (1994) Should the decision-making power in EC antitrust procedures be left to an independent judge?—the impact of the European convention on human rights on EC antitrust procedures. *Yearb Eur Law* 14:111–142
- Wagner-von Papp F (2012) Best and Even Better Practices in the European Commitment Procedure after *Alrosa*: The Dangers of Abandoning the ‘Struggle for Competition Law’ (March 19, 2012). *Common Market Law Review* 49:929–970
- Werner P, Völk C (2011) A game of two cases—the Greek decoders litigation has got a lot of people worried. *Compet Law Insight* 10(4):18–20
- Wils, Wouter P. J. (2004), The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, *World Competition: Law and Economics Review*, 27(2):202–224
- Zivy F, Luc I (2010) L'équité procédurale devant l'autorité de la concurrence. *Concurrences* 4:85–100

Part III
The Area of Citizens
L'espace des citoyens

The Dynamics of European Citizenship: From Bourgeois to Citoyen

Christian Calliess

Abstract In line with the constitutional moment of the Maastricht Treaty a shift from economic to political integration was started. With regard to the status of the citizen this prepared a change as well. Following from the ground breaking van Gend and Loos decision of the Court, the citizens of the Member States gained—corresponding to the goal of achieving an internal market—a rather functional status as market citizens. With the introduction of Union citizenship, this status widened to a more political status, defined by individual rights. The jurisdiction of the Court paved the way, by interpreting today’s Article 21 TFEU as an individual right and developing the status of the EU citizen by the principle of non discrimination independent from an economic context. This new dynamic of EU citizenship challenges at the same time political competences of the Member States. Consequently it might be time to rethink the relationship of Articles 20, 21 and 18 TFEU on the one hand as well as fundamental freedoms and fundamental rights on the other hand in the light of their function.

Prof. Dr. Christian Calliess, M.A.E.S. (Bruges), LL.M. is Professor for Public Law and European Law at the Free University of Berlin. He holds an ad personam Jean Monnet Chair for European Integration and is Judge at the High Administrative Court (*Oberverwaltungsgericht*) of Berlin and Brandenburg.

C. Calliess (✉)
Free University of Berlin, Berlin, Germany
e-mail: europarecht@fu-berlin.de

1 Introduction

“Where is Europe’s Soul?” This rhetorical question, posed by Dutch writer *Leon de Winter* in an essay,¹ refers to an often heard criticism: While “technocrats and bureaucrats” of the European Union (EU) had worked successfully to promote the process of economic integration, they were not aware of the fact that unions between states need to have a soul, an idea or an ideal that stands above individual interests and in the pursuit of which all members could feel united. In contrast, the EU according to *de Winter* is just an effective device without an inner core. It does not inspire any emotional identification but—at best—merely acted as a community of interests comparable to an automobile club like the German ADAC. In quite a similar sense my colleague *Ulrich Haltern*² claims: “Union texts do not constitute a collective self; rather, they constitute a Common Market. Markets cannot tell us who we are: they operate through desires, which are mere placeholders.” According to *Haltern* EU citizenship is a matter of consumption rather than of rights and duties, and postmodern identity first and foremost unfolds in shopping malls and not at a political level. For him, symbols like the European flag and anthem as well as the Charter of Fundamental Rights and the Constitution are mere “European pathos”, used to obscure the reality that the EU defines itself only through a market. The explicit references to European values in the Constitutional Treaty and the Lisbon Treaty are thus referred to as “patina” by which the EU is hoping to compensate for its lack of history and personality.³ These criticisms touch the current core questions concerning European integration: The political legitimacy of the integration process, the role of EU citizens in it and the search for a European identity.

“Civis Europeus Sum”—this could be seen as the answer of the European Court of Justice (ECJ), first given by Advocate General *Jacobs*⁴: According to the “fundamental status”⁵ guaranteed by EU citizenship, every national of a Member State has the right to be “treated in accordance with a common code of fundamental values” wherever he may be within the EU. On this basis, the ECJ developed a far-reaching and—especially with regard to consequences for the welfare state in the Member States—quite controversial jurisdiction⁶ regarding the status of EU citizenship, which mainly revolves around the question of how far social or other amenities, granted by a Member State to its citizens, should be extended to all EU citizens including their family members residing in that Member State.

¹ de Winter 2004, p. 152 et seq. (158).

² Haltern 2001, p. 6.

³ Haltern 2001, p. 11 f.

⁴ AG Jacobs, Advocate General’s opinion in Case C-168/91 *Konstantinidis* [1993] ECR I-1191, para 46.

⁵ Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, para 31.

⁶ Cf. Hailbronner 2004, p. 2185 (2186 et seq.); Haltern 2005, p. 503 et seq.

2 The Status of the Citizen as Reflected by the ECJ Jurisdiction

2.1 *From Bourgeois...*

With regard to citizens' rights in the EU, the judgment by the ECJ in the case of *van Gend & Loos*, 1963, paved the way. It was rendered at a time when the realisation of the Common Market through regulation, promoted by the TEEC, was faltering. The goal of this Common Market is the fusion of the national markets into one internal market. The essential element of this internal market has always been the realisation of the fundamental freedoms: The free movement of goods, services and capital, the freedom of movement for workers and self-employed. By awarding the fundamental freedoms of Union law a direct applicability in the Member States under certain conditions, the ECJ made—in its groundbreaking judgment—a qualitative leap, which included an approach to integration upon which the EU is still based today. This approach can be summarised as “creating integration through law by individual rights”.

However with its jurisdiction the court also pursued a specific goal. As the ECJ explained in *Gend & Loos*,

*[t]he vigilance of individuals concerned to protect their rights amounts to an effective supervision in addition to the supervision entrusted by articles 169 and 170 to the diligence of the commission and of the member states.*⁷

By this wording, the ECJ describes the mobilisation—or more precisely, the functionalisation—of the citizen for the enforcement of Union law⁸: the citizens of the Member States are brought into action by means of direct applicability. They are supposed to claim the application of Union law which serves their interests, in particular the market-related fundamental freedoms, before the courts of the Member States. In this way, they promote the enforcement of Union law and in concrete terms the observance of the fundamental freedoms constituting the market, by way of the preliminary ruling procedure of the ECJ.⁹ Through their direct applicability the fundamental freedoms have created—aptly expressed by Advocate General *Cosmas* in his opinion in the case of *Wijsenbeek*¹⁰ –

...a functional possibility for nationals of the Member States, which they are granted so that they exercise it with a view to the creation of a common market, the objective of which can only be to permit persons to pursue their economic activities in optimum conditions.

⁷ Case 26/62 *van Gend & Loos* [1963] ECR 1/26 (II. B.).

⁸ Ruffert 1996, p. 220 et seq., 296; Masing 1997, p. 42 et seq.; Wegener 1998, p. 41 et seq.; Calliess 2005, p. 931.

⁹ Masing 1997, p. 42 et seq.

¹⁰ Case C-378/97 *Wijsenbeek* [1999] ECR I-6207, para 84.

The position of the individual hence changed fundamentally. Alongside the Commission, the “Guardian of the Treaties”, the European citizen became the guarantor for the decentralised enforcement of EU law standards. This form of participation in integration is, however, primarily economically and functionally defined. By this approach, Union law conceives the individual merely as a market-citizen,¹¹ since the subjective public rights that come into consideration, primarily the fundamental freedoms, are linked to labour, goods and capital.¹² Nevertheless this was a first important step with which Union law emancipated itself from classical state-centered public international law. Since freedom and equality are “solely” guaranteed for the realisation of economic goals of the Union,¹³ this step applies to the individual only on a functional basis and in this sense only as a “bourgeois”, not as a “*citoyen*”.

This reduction of the individual to the status of a “bourgeois”, or a sheer *homo economicus*, does not apply to the tradition of the modern conception of citizenship which has always also comprised political and social dimensions.¹⁴ Nor is this reduction appropriate for providing the European project of political integration with the necessary legitimacy and democratic legitimation.¹⁵ Ever since the successful leap from economic integration to political integration through the treaties from Maastricht to Lisbon, the necessity to shift from merely economically linked interests to a political dimension of the community foundation becomes ever more urgent—especially since the economic-functional perspective of the market-citizen is increasingly reaching its limits. This is made clear by the fact that a pure “market without state” must lead to deficits with regard to common goods such as health, consumer, environmental and social protection. In an increasingly political EU, it is necessary to offer the citizens of the Member States not only an economic but precisely a political project with which they can identify. This is what Advocate General Sharpston argued in the *Ruiz Zambrano* case, when she noted:

from the moment that the Member States decided to add, to existing concepts of nationality, a new and complementary status of ‘citizen of the Union’, it became impossible to regard such individuals as mere economic factors of production. Citizens are not ‘resources’ employed to produce goods and services, but individuals bound to a political community and protected by fundamental rights.¹⁶

¹¹ Term from Ipsen 1972, pp. 187, 250 et seq.; cf. Ipsen and Nicolaysen 1964, p. 340, para 2.

¹² Similiar Kadelbach 2007, p. 542 et seq.

¹³ Grabitz 1970, p. 68.

¹⁴ See Marshall 1950, p. 27.

¹⁵ v. Bogdandy 2001, p. 170.

¹⁶ AG Sharpston, Advocate General’s opinion in Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] ECR 00000, para 127.

2.2 ... To Citizen

This project of a political community is not new. It has in fact a long history under the term “Europe of citizens”, which led, with the treaty of Maastricht in 1992, to the introduction of EU citizenship, laid down today in Articles 20 et seq. TFEU (ex-Article 17 et seq. TEC). Under the second indent of Article 20(1) TFEU, the status of EU citizenship is linked to the citizenship of the Member States. Only an individual who is a citizen of a Member State can be a citizen of the Union. By stating that the EU citizenship does not replace nationality but complements it, the third indent of Article 20(1) TFEU emphasises the idea of a “shared citizenship”,¹⁷ corresponding to the concept which describes the EU as a new kind of Federation, in which state elements and constitutional law in a sense of multilevel government and multilevel constitutionalism are interlinked and intertwined.¹⁸

The ECJ defines the status of EU citizenship in settled case-law as follows:

*Union citizenship is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States, enabling those who find themselves in the same situation to enjoy the same treatment in law irrespective of their nationality, subject to such exceptions as are expressly provided for.*¹⁹

In this sense, Advocate General Colomer stated in the case of *Petersen*:

*[The Court] has been in a position to interpret the will of the legislature, affording individuals who exercise freedom of movement greater status than that attributed to economic operators. Slowly but surely, Community protection has been extended to individuals who did not traditionally fall within the scope of the Treaties, such as students, those claiming benefits and nationals of third countries who are related to a citizen of the Union. To express it more clearly, the Court has transformed the paradigm of homo economicus into that of homo civitatis.*²⁰

Going beyond this abstract definition of the citizen’s fundamental status, in *Ruiz Zambrano* the ECJ derived even individual rights from the “fundamental status” of citizenship by deciding that Article 20 TFEU precludes a Member State from denying residence to a third-country national parent of an under age child who has an EU citizenship. Although the child has (not yet) exercised its right of free movement within the EU, its parents have a right of residence

*in so far as such decisions deprive [that child] of the genuine enjoyment of the substance of the rights attaching to the status of European Union citizen.*²¹

Although citizenship nowadays contains typical rights, such as the right to residence and the right to vote—these characteristics can be found explicitly in

¹⁷ See Calliess 2007, p. 16.

¹⁸ See Pernice 2009, p. 364 et seq.; Calliess 2011, Article 1 TEU, para 36 et seq.

¹⁹ Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, para 31.

²⁰ AG Colomer in Case 341/08 *Petersen* [2010] ECR I-47, para 15.

²¹ Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] ECR 00000, para 45.

Article 21 et seq. TFEU—the substantial components are by no means peremptory and can therefore vary. But with regard to its wording, no rights can be derived from Article 20(1) TFEU itself, and hence from the pure status of European Citizenship.²² The evident meaning of this provision is the determination of the personal scope of the regulations on the EU citizenship. Article 20(1) TFEU by itself only determines the personal scope of *other* regulations concerning EU citizenship. This is emphasised by Article 20(2) TFEU, which refers to the rights and duties provided in the treaty. At the core of these rights and duties are the “key rights” of European citizenship, the general principle of non-discrimination (Article 18(1) TFEU, ex Article 12 TEC)²³ as well as the general—and precisely not economically motivated—freedom of movement derived from Article 21 TFEU (ex Article 18 TEC).²⁴ Advocate General *Cosmas*²⁵ sees the contrast to the functional possibilities of the basic freedoms in the fact that Article 21 TFEU

... establishes for nationals of the Member States (now designated citizens of the Union) a possibility of a substantive nature, namely a right, in the true meaning of the word, which exists with a view to the autonomous pursuit of a goal, to the benefit of the holder of that right and not to the benefit of the Community and the attainment of its objectives.

Based on this approach, Advocate General *Colomer* stated clearly in the case of *Baldinger* that EU citizenship

...represents a considerable qualitative step forward in that it separates that freedom from its functional or instrumental elements (the link with an economic activity or attainment of the internal market) and raises it to the level of a genuinely independent right inherent in the political status of the citizens of the Union.

3 The Definition of the Status of EU Citizens Through Rights

3.1 The EU Citizens' Double Status

These formulations underline the fact that the ECJ and Advocates-General conceive the introduction of EU citizenship as a paradigm shift in the European integration process, implying an explicit orientation from integration of the markets to politics. The status of EU citizens is ultimately interpreted as an integration-political “spill over”, which—entirely in the tradition of the “Monnet method” of small steps—henceforth legitimises a new dimension of subjective rights.

²² This conclusion is drawn by Borchardt 2000, p. 2058.

²³ Cf. Case C-85/96 *Martínez Sala* [1998] ECR I-2691, para 62.

²⁴ Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, para 33.

²⁵ Case C-378/97 *Wijzenbeek* [1999] ECR I-6207, para 84.

In consequence, the EU citizen has a status as a national of a Member State and at the same time, on the central level of the EU, a status as EU citizen. Both statuses are intertwined inseparably in the multilevel constitutionalism of the EU.²⁶ According to the second indent of Article 20(1) TFEU (ex-Article 17 TEC), the status of EU citizens itself is already linked to the nationality of the Member States. To this extent the Member States basically stay independent in the organisation of their law on citizenship. However, as convincingly decided by the ECJ,²⁷ within the framework of solidarity and with regard to their co-operation and loyalty duties under Article 4(3) TFEU (ex-Article 10 TEC), they must keep in mind the consequences for the personal scope of application of Union law that result from the accessory nature of the EU citizenship. It is thus clarified that both statuses, though being intertwined, do not merge.

This point of view is confirmed by the remarks of Advocate General *Maduro* in his opinion concerning the *Rottmann* case, where he explicitly establishes a connection between subjective rights deriving from the status of EU citizens and the emergence of a European political area:

*Access to European citizenship is gained through nationality of a Member State, which is regulated by national law, but, like any form of citizenship, it forms the basis of a new political area from which rights and duties emerge, which are laid down by Community law and do not depend on the State. This, in turn, legitimises the autonomy and authority of the Community legal order. That is why, although it is true that nationality of a Member State is a precondition for access to Union citizenship, it is equally true that the body of rights and obligations associated with the latter cannot be limited in an unjustified manner by the former. In other words, it is not that the acquisition and loss of nationality (and, consequently, of Union citizenship) are in themselves governed by Community law, but the conditions for the acquisition and loss of nationality must be compatible with the Community rules and respect the rights of the European citizen.*²⁸

Based on its *Rottmann* decision,²⁹ the ECJ went a step further and established in *Ruiz Zambrano*, with a view to the new European political area, a test of “genuine enjoyment of the substance” of EU citizenship.³⁰ After some critical irritation among (at least German) scholars³¹ about what could be meant by this apparently far-reaching “test” in the framework of Article 20 TFEU, the Court clarified its meaning in its decision in *Dereci and others*³²:

it follows that the criterion relating to the denial of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of European Union citizen status refers to situations in which the Union citizen has, in fact, to leave not only the territory of the Member State of

²⁶ See Calliess 2007, p. 16; confirming Purnhagen and Mann 2011, p. 7, fn. 8.

²⁷ Case C-369/90 *Micheletti* [1992] ECR I-4239, paras 10, 12.

²⁸ AG *Maduro*, Advocate General’s opinion in Case C-135/08 *Rottmann* [2009] ECR I-1449, para 23.

²⁹ Case C-135/08 *Rottmann* [2010] ECR I-1449.

³⁰ Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] ECR 00000, para 42.

³¹ Hailbronner and Thym 2011, p. 2010 et seq.

³² Case C-256/11 *Dereci and others* [2011] ECR 00000, para 66.

which he is a national but also the territory of the Union as a whole. ... Consequently, the mere fact that it might appear desirable to a national of a Member State, for economic reasons or in order to keep his family together in the territory of the Union, for the members of his family who do not have nationality of a Member State to be able to reside with him in the territory of the Union, is not sufficient in itself to support the view that the Union citizen will be forced to leave Union territory if such a right is not granted.

With this ruling, an unlimited scope of application of the “genuine enjoyment” test was avoided. In consequence, the balance between Member State competences in the field of citizenship was respected, but at the same time controlled with regard to their obligations flowing from citizen rights as enshrined in European law, under Article 20(2) TFEU.

This fair balance is a vivid expression of multilevel government and multilevel constitutionalism in the EU.³³

3.2 Freedom of Movement as a Key Right of European Citizenship

The identification of Member States’ citizens with the Union is essentially based on whether they have the possibility—as is the case within their respective home countries—to generally move freely within the EU. Without the right to move and reside freely, other rights and their benefits would hardly be imaginable.

3.2.1 Article 21 TFEU: Fundamental Right or Fundamental Freedom?

To begin with, ever since the judgment of the ECJ in the case of *Baumbast* there is broad consensus that Article 21 TFEU (ex-Article 18 TEC) is a directly applicable, individual right.³⁴ At the same time, the ECJ conceives the formulation according to which freedom of movement is only granted “subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties” as a mere barrier for the exercise of the rights guaranteed under Article 21 TFEU (ex-Article 18 TEC), which is subject to judicial control by means of the principle of proportionality. The Court states:

*Consequently, any limitations and conditions imposed on that right do not prevent the provisions of Article 18(1) EC from conferring on individuals rights which are enforceable by them and which the national courts must protect ... However, those limitations and conditions must be applied in compliance with the limits imposed by Community law and in accordance with the general principles of that law, in particular the principle of proportionality.*³⁵

³³ Calliess 2011, Article 1 TEU, para 36 et seq.; idem 2007, p. 16.

³⁴ Cf. Case C-413/99 *Baumbast und R* [2002] ECR I-7091, paras 84 et seq.; in contrast Pechstein and Bunk 1997, pp. 549, 554; Hailbronner 2004, p. 2188.

³⁵ Case C-413/99 *Baumbast und R* [2002] ECR I-7091, paras 86 and 91.

Whether or not Article 21 TFEU is a fundamental right³⁶ or a fundamental freedom³⁷ certainly remains controversial. In the cases of *D’Hoop*, *Garcia Avello* and *Bidar*, the court explicitly refers to the “exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty, in particular those involving the freedom to move and reside within the territory of the Member States, as conferred by Article 8a of the EC Treaty (now, after amendment, Article 18 EC)”.³⁸ Only in the *Chen* case the court refers to the “fundamental right of freedom of movement and of residence upheld by Article 18 EC”.³⁹

The statements of the Advocates-General regarding the legal basis of the right to freedom of movement also differ. The aforementioned remarks of Advocate General *Cosmas* in *Wijsenbeek* (“substantive nature, right of a different kind”) for example indicate that he assumes that the right to freedom of movement has the character of a fundamental right. Advocate General *Tizzano* explicitly speaks of a fundamental right⁴⁰ in his opinion in the *Chen* case as well as Advocate General *Geelhoed* in the *Bidar* case.⁴¹ By contrast, other opinions by the Advocates-General show that they regard Article 21 TFEU as having a fundamental freedom character.⁴² In her opinion in the *Tas-Hagen* case, Advocate General *Kokott* explicitly describes Article 21 TFEU as a fundamental freedom.⁴³

Regarding the distinction between fundamental rights and fundamental freedoms, the concept of addressee is of pivotal significance: a norm which requires compliance on the part of the Member States and which gives the EU a competence of control (Article 267 TFEU) is typically a fundamental freedom, whereas a norm which binds the Union has a fundamental right character (see Article 51(1) CHFR). Fundamental rights serve typically to repel an act of the EU; Member States are obliged only when they are implementing or acting within the scope of Union law.

³⁶ E.g. Gebauer 2004, p. 212 et seq.

³⁷ Kingreen 2004, p. 572; Seyr and Rümke 2005, p. 667; Kokott 2005, p. 2, Wollenschläger 2007, p. 374; Case F-7/08 DEP *Schönberger* [2010].

³⁸ Case C-224/98 *D’Hoop* [2002] ECR I-6191, para 29; Case C-148/02 *Garcia Avello* [2003] ECR I-11613, para 24; Case C-209/03 *Bidar* [2005] ECR I-2119, para 33. Slightly different wording, with what the same might be meant in Case C-274/98 *Bickel und Franz* [1994] ECR I-7637, paras 15, 16; Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, para 33; Case C-224/02 *Pusa* [2004] ECR I-5763, para 17; Case C-403/03 *Schempp* [2005] ECR I-6421, para 18; Case C-520/04 *Turpeinen* [2006] ECR I-10685, para 19.

³⁹ Case C-200/02 *Chen* [2004] ECR I-9925, para 33, but see also para 39.

⁴⁰ AG Tizzano, Advocate General’s opinion in Case C-200/02 *Chen* [2004] ECR I-9925, para 73.

⁴¹ AG Geelhoed, Advocate General’s opinion in Case C-209/03 *Bidar* [2005] ECR I-2119, para 45; idem in Advocate General’s opinion in Case *Trojani* [2004] ECR I-7573, paras 62, 69.

⁴² E.g. AG Jacobs, Advocate General’s opinion in Case C-224/02 *Pusa* [2004] ECR I-5763, para 12 et seq.; AG Léger, Advocate General’s opinion in Case C-520/04 *Turpeinen* [2006] ECR I-10685, paras 62 et seq.

⁴³ AG Kokott, Advocate General’s opinion in Case C-192/05 *Tas-Hagen and Tas* [2006] ECR I-10451, paras 23 et seq.

Article 21(1) TFEU itself shows that the norm is supposed to address the Member States, since it says that every EU citizen has the right to reside within the territory of the Member States,⁴⁴ thereby linking the status of the EU citizen to the territory of the Member States. Although their territories form the “territory of the Union”,⁴⁵ the barriers and challenges to free movement come from the borders of the Member States. Therefore, the decisive need for protection of the status of EU citizens exists in relation to the Member States, so that Article 21 TFEU can be understood as a fundamental freedom, which has emancipated itself from the economic references that typify the fundamental freedoms of the market-citizen.⁴⁶ Article 21 TFEU could hence be described as a political fundamental freedom.

3.2.2 Article 21 TFEU: Right to Equality or Right to Freedom?

Following the qualification of the right to freedom of movement as a fundamental freedom,⁴⁷ the question of its precise content arises. Apart from having the typical function of non-discrimination, does Article 21 TFEU also play a prohibitive role as recognised for all fundamental freedoms, with the result that furthermore all measures taken by Member States that forbid, obstruct or reduce the appeal of exercising this freedom are prohibited⁴⁸?

General Advocates *Jacobs*⁴⁹ and *Geelhoed*⁵⁰ tend to conceive the norm as a prohibition of restriction:

Discrimination need not be established for Article 18 EC to apply. [...] The question, rather, is whether a measure imposes any restriction on the exercise of the right to move and reside freely by a citizen of the Union, and if so whether such a restriction may be justified.

On the one hand, the ECJ’s decision in the case of *Turpeinen*,⁵¹ gives rise to doubts, since it addresses the status of an EU citizen as a guarantee of the equal legal treatment when exercising the freedom of movement. On the other hand, the ECJ in its judgments in *De Cuyper*⁵² and *Morgan*⁵³ refers to a “restriction on the

⁴⁴ See also Seyr and Rümke 2005, p. 672.

⁴⁵ Calliess 2007, p. 26.

⁴⁶ Kingreen 2007, pp. 44 et seq.; Wollenschläger 2007, p. 374.

⁴⁷ Cf. the distinction between the right of freedom of movement and other fundamental freedoms in the opinion of Advocate General Kokott in Case C-470/04 *N* [2006] ECR I-7409, paras 22 et seq.

⁴⁸ Cf. e.g. Case C-76/90 *Säger v Dennemeyer* [1991] ECR I-4221, paras 13 and 14.

⁴⁹ AG Jacobs, Advocate General’s opinion in Case C-224/02 *Pusa* [2004] ECR I-5763, paras 20–22.

⁵⁰ AG Geelhoed, Advocate General’s opinion in Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] ECR I-6947, paras 104, 107, 108.

⁵¹ AG Léger, Advocate General’s opinion in Case C-520/04 *Turpeinen* [2006] ECR I-10685, para 22.

⁵² AG Geelhoed, Advocate General’s opinion in Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] ECR I-6947, para 39.

⁵³ Joined Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan* [2007] ECR I-9161, paras 28 et seq.; Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] ECR I-7639, paras 20 et seq.

freedoms conferred by Article 18 EC on every citizen of the Union”.⁵⁴ In its decisions, for example in the case of *Grunkin and Paul*,⁵⁵ the Court keeps to this understanding.

If conceived as a fundamental freedom that prohibits any restriction, the objective scope of Article 21 TFEU is limited to the “if” of free movement and residence.⁵⁶ The modalities (the “how”) of residence are not included in the general guarantee of freedom of movement. As a consequence Article 21 TFEU in itself does not confer the right to receive social welfare benefits from the host Member State. As a fundamental freedom, Article 21 TFEU aims at all kinds of national restrictions that interfere with the *right to residence*. This means at the same time that Article 21 TFEU does not prohibit all kind of national restrictions with regard to the *right of residence*: Only discriminatory measures of Member States are prohibited.

3.3 Rights of Residence Under Article 18 TFEU: Social Rights as Part of EU Citizenship

Even though social welfare competences have not been assigned to the EU, the ECJ had to decide, whether

- a Spanish national who had been living in Germany for more than 20 years, worked at intervals, lived on social welfare temporarily and no longer possessed a residence permit, could receive child-raising allowance.⁵⁷
- a French student in Belgium had a right to government aid until the end of his studies.⁵⁸
- a loan could be granted to finance tuition fees in Great Britain.⁵⁹
- an Irish national in Great Britain could be granted aid for job applicants.⁶⁰
- a French vagabond named Trojani, who spent his life on camping sites, in youth hostels and at the Salvation Army in Belgium,⁶¹ had a right to Belgian social welfare.⁶²

⁵⁴ Confirmed in Case C-192/05 *Tas-Hagen und Tas* [2006] ECR 10451, para 31.

⁵⁵ Cases C-11/06 and C-12/06 *Morgan* [2007] ECR I-9161, paras 28 et seq; Case C-353/06 *Grunkin and Paul* [2008] ECR I-7639, paras 20 et seq.

⁵⁶ Cf. Kingreen 2007, pp. 43 et seq.

⁵⁷ Case C-85/96 *Martínez Sala* [1998] ECR I-2691, paras 62 et seq.

⁵⁸ Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, para 33.

⁵⁹ Case C-209/03 *Bidar* [2005] ECR I-2119, paras 31 et seq.

⁶⁰ Case C-138/02 *Collins* [2004] ECR I-2703, para 65.

⁶¹ Case C-456/02 *Trojani* [2004] ECR I-7573, paras 9 et seq.

⁶² Case C-456/02 *Trojani* [2004] ECR I-7573, paras 31 et seq.

- the child of a Chinese couple, born in Ireland and acquired Irish citizenship by virtue of *ius soli*, could obtain a residence permit in Great Britain for herself and her parents.⁶³

Due—at least in the beginning—to an unclear dogmatic and methodical approach, the attempt by the ECJ to derive social rights from Articles 21 and 18 TFEU (ex-Article 12 TEC) led to—sometimes exaggerated⁶⁴—criticism in the Member States.

The general prohibition of discrimination based on nationality under Article 18(1) TFEU guarantees the equal treatment of residents “within the scope of application of the Treaties”. The ECJ has so far specified this requirement to the effect that a “situation governed by Community law”⁶⁵ must exist, meaning that the cases must have a “factor linking them with any of the situations governed by Community law”.⁶⁶ In this regard, the “present stage of development of Community law”⁶⁷ must certainly be considered.

However, criticism is certainly appropriate, when the ECJ, as in the case of *Trojani*, equated the “scope of application of the Treaties” as a precondition of Article 18(1) TFEU with the existence of the EU citizenship under Article 20 TFEU. If the aim was to conceive Article 20 TFEU in the sense of the objective scope of the Treaty, the formula underlying Article 18(1) TFEU would be as follows: within the scope of the Treaty (defined just by the status of EU citizenship) every discrimination based on nationality is prohibited. In this way the “scope of application of the Treaties” as a constituent element, to which the ECJ has already brought methodical limits by “dynamic interpretation”, would become completely irrelevant. As a consequence an unlimited, general prohibition of discrimination based on nationality, namely EU citizenship, would remain. Such a combination which completely ignores the right to residence deriving from Article 21 TFEU, would be dogmatically incomprehensible. This is because the right to residence depends on conditions defined by secondary law, such as that the EU citizen is able to pay for his living costs and enjoys social insurance in his Member State.

Despite the *Ruiz Zambrano* decision of the ECJ the fundamental status of the EU citizen guaranteed by Article 20 TFEU cannot be interpreted in the sense that it contains individual rights in itself. According to Article 20(2) TFEU, transnational rights such as those under Article 21 TFEU are closely linked to the status of EU citizenship. On the basis of this norm, EU citizens acquire a right to free movement and cross-border residence, which in turn opens the scope of the Treaty within the meaning of Article 18(1) TFEU. Only in combination with Article 21 TFEU, which places the guarantee under the caveat of the constraints and requirements of Union law, the rather inflexible, absolute prohibition of

⁶³ Case C-200/02 *Chen* [2004] ECR I-9925, paras 42 et seq.

⁶⁴ Hailbronner 2004, pp. 2185 et seq.; Herzog and Gerken 2008.

⁶⁵ Case 186/87 *Cowan* [1989] ECR 195, para 10.

⁶⁶ Joined Cases 35 and 36/82 *Morson* [1982] ECR 3723, para 16.

⁶⁷ Case 39/86 *Lair* [1988] ECR 3161, para 15; Case 197/86 *Brown* [1988] ECR 3205, para 18.

discrimination under Article 18(1) TFEU leads to possibilities of differentiation with regard to the rights *in* residence. When understood in this way, Article 21(1) TFEU develops a benchmark effect within the limits of the scope of the Treaty by virtue of Article 18(1) TFEU and therefore, under certain circumstances, also permits the justification of discrimination on the grounds of nationality. Accordingly, every EU citizen who resides lawfully in another Member State has a right to equal treatment according to Article 18(1) TFEU. On the other hand however, his residential status may give rise to differentiations. The general prohibition of discrimination thus becomes a “‘functional extension’ of the rules on free movement”.⁶⁸ Understood in this way, Article 18(1) TFEU adds a differentiated right *of* residence to the right *to* residence, as laid down in Article 21 TFEU.⁶⁹

Hence, even according to the ruling of the ECJ, the host Member State principally maintains the possibility to expel the EU citizen concerned, despite still being bound by the EU citizenship, in particular the fundamental freedom under Article 21 TFEU (ex-Article 18 TEC).⁷⁰ As a consequence, the expulsion measure, which constitutes an impairment of the right to freedom of movement, must be justified under the principle of proportionality. In concrete terms, as the ECJ explained referring to its *Grzelczyk* judgment⁷¹ in the case of *Trojani*,⁷² this implies that

[...] recourse to the social assistance system by a citizen of the Union may not automatically entail such a measure.

Based on the decisions of the ECJ following the *Grzelczyk* judgment, it can be concluded that the host Member State and the EU citizens are equally challenged within the framework of the proportionality test. The host Member State must show a “certain degree of financial solidarity” which should not lead to an overburdening of the social systems, and the EU citizen concerned must have already integrated to a certain degree into the society of the host Member State.⁷³ The scale and size of the equal treatment which the host Member State must guarantee is therefore governed by the achieved residence status within the context of Article 21 TFEU. This allows differentiations that may even lead to an expulsion to another Member State, but—as the ECJ made clear in *Ruiz Zambrano*—not to a third State.⁷⁴

However, every restriction must be justified by the right to free movement as guaranteed by Article 21 TFEU. The proportionality test to be carried out in this respect has to take into account the (limited) union-wide solidarity and the protection

⁶⁸ AG Poiares Maduro, Advocate General’s opinion in Case C-72/03 *Carbonati Apuani* [2004] ECR I-8027, para 67; Lenaerts 1991, p. 3 et seq.

⁶⁹ Kingreen 2007, p. 43 et seq.

⁷⁰ Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, paras 42 and 43; Case C-456/02 *Trojani* [2004] ECR I-7573, para 45; Case C-209/03 *Bidar* [2005] ECR I-2119, para 47.

⁷¹ Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, paras 43 et seq.

⁷² Case C-456/02 *Trojani* [2004] ECR I-7573, para 45.

⁷³ Cf. e.g. Case C-209/03 *Bidar* [2005] ECR I-2119, paras 56 and 57.

⁷⁴ See Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] ECR 00000, para 45.

of the national social welfare competences of the host Member State as well as the degree of integration of the EU citizen into the society of the host Member State.

The above defined “shared status” of EU citizenship is expressed not only in Article 21 TFEU, but also in Article 23 TFEU which covers the right to protection by the diplomatic or consular authorities. The latter refers back to the institutions of the Member States and the right to vote on a municipal and European level as laid down in Article 22 TFEU (ex-Article 23 TEC), which is mainly subject to the organisation and arrangement of the Member States.

4 Perspectives on a Coherent Concept of Citizen Rights in the EU

As Article 20(2) TFEU clarifies, the fundamental status of EU citizens is specified by individual rights. As a consequence, EU citizen rights are not finally described by Articles 21–24 TFEU, but rather arise from all legal relationships that have developed between the EU and the individual on the basis of the Treaties, especially the fundamental rights and freedoms. Within these individual rights that form the content of EU citizenship one can differentiate between economic rights (market rights) and political rights (citizen rights).

Among the economic rights are first and foremost the fundamental freedoms concerning goods, services, workers, establishment and capital, defining the internal market (Article 26(2) TFEU) and directed at market integration. Together with the rights mentioned in Articles 21–24 TFEU, the European fundamental rights as later stipulated in the Charter, formulate the political rights of EU citizens. They define, in completion of the internal market, an “area of freedom, security and justice” (Article 67 TFEU) and thus marking the shift of the EU from economic to political integration.

From the perspective of individual rights, fundamental freedoms as well as fundamental rights at first glance have a similar function: protecting the freedom of EU citizens. Under the rule of law, individual rights mainly serve as a benchmark for the assessment of all public action that interferes with individual freedom. They create a duty for state authorities to justify every interference or restriction. As a consequence, the burden of proof is on state authorities to show that their action is legitimate in the light of individual freedom.

Notwithstanding, from a historical point of view, the above-mentioned functional differences with regard to the addressee,⁷⁵ the fundamental freedoms and fundamental rights as defined by the rulings of the Court increasingly merged into a constantly growing common intersection.⁷⁶ The existing overlappings in the sphere of individual rights at EU level are curiously enough not only confirmed, but also

⁷⁵ See Ehlers 2007a, pp. 175 et seq., Ehlers 2007b, pp. 371 et seq.

⁷⁶ A good example is the decision of the ECJ in Case C-60/00 *Carpenter* [2002] ECR I-6279, para 38.

strengthened by the EU Charter of fundamental rights (CFREU). The right to freedom of movement in Article 21 TFEU is now explicitly elevated to the status of a fundamental right by Article 45(1) CFREU. The same is true for the individual-related fundamental freedoms, the freedom of movement for workers, the freedom of establishment and the freedom to provide services, which were included in Article 15(2) CFREU. Nonetheless, both the EU citizenship and the fundamental freedoms stay unaltered after the entry into force of the Charter of fundamental rights. With regard to the different functions of individual rights in the EU, and with due regard to the division of powers, tasks and competences between the EU and Member States, it seems important to develop a coherent concept of citizen rights.

- The fundamental freedoms should be primarily understood as prohibitions on discrimination directed against the Member States, applied to market-integration with regard to transnational issues with the aim to control the implementation of the internal market. However, the principle of non-discrimination on grounds of nationality can only take effect when the non-EU foreigners are situated in the domestic market. Against this background it is justified to interpret the fundamental freedoms, with regard to cross-border access to the national market, as prohibitions of restriction, which also put the non-discriminatory and indistinctively applicable regulations of the Member States to the test under Community law. However, if the market citizen did gain access to the national market (“if-question”) and the question of how a fundamental freedom is exercised comes up (“how-question”), it seems—not at least for the prevention of reverse discrimination—convincing to interpret the respective fundamental freedom just as a prohibition of discrimination.
- The European fundamental rights should primarily be understood as rights that oblige the institutions of the EU to respect the freedoms of EU citizens as guaranteed by the Charter. In the European system of multilevel constitutionalism the Member States are supposed to respect the fundamental rights of the citizens defined by their national constitutions. European law guarantees, by virtue of Article 7 TEU and the therein referred to values spelt out in Article 2 TEU, a common minimum standard of fundamental rights. This means at the same time that Member States cannot be bound entirely by European fundamental rights as enshrined in the Charter. However, with a view to primacy and the consistent application of Union law, it is convincing to have the Member States—as the ECJ decided and Article 51(1) CFREU now explicitly determines—bound by European fundamental rights when implementing or executing Union law. But wherever a margin of manoeuvre is granted by Union law (e.g. by a directive), Member States should only be bound by national fundamental rights. In the context of fundamental freedoms, Member States should not be bound by European fundamental rights. However, for the sake of uniform application of Union law, these must be considered in the framework of the interpretation of safeguard clauses with regard to national interests.⁷⁷ Finally,

⁷⁷ See e.g. Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609, para 35 and Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659, para 74.

the sheer status of citizenship granted by Article 20 TFEU cannot define the field of application of European fundamental rights in the sense of Article 51(1) CFREU. An interpretation like this might as well be regarded as “ultra vires” by the German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*).⁷⁸

- The core right of EU citizenship, namely the freedom of movement under Article 21 TFEU, has to fit into this context. Since it aims at the Member States, it is a fundamental freedom requiring a transnational issue. Moreover, Article 21 TFEU can only function as a prohibition on restrictions in relation to obstacles that impair the access to the territory of another Member State. If the issue in question does not concern restrictions relating to access, Article 21 TFEU remains a prohibition of discrimination, which merely demands non-discrimination on grounds of nationality, but not betterment.
- Only in a situation in which the fundamental status of citizenship is endangered as a whole, e.g. by withdrawal of EU citizenship as in the *Rottmann* case or expulsion of an EU citizen to a third country as in the *Ruiz Zambrano* case, Article 20 TFEU can be interpreted in the sense of a fundamental right to home with regard to the territory of the EU, defined by the territories of the Member States. The EU can be seen in this perspective as a home country for European citizens. In a test of appropriateness, a fair balance between the interest of the Member States to determine national citizenship on the one hand (Article 20(1) TFEU), and EU citizenship, in concrete terms the affected European rights (Article 20(2) TFEU), on the other hand is to be found.

References

- Borhardt K (2000) Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft. NJW:2057–2061
- Calliess C (2005) Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts. NJW: 929–933
- Calliess C (2007) Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik. In: Hatje A, Huber PM (eds) Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR Beiheft 01, pp 7–43
- Calliess C (2011) Commentary. In: Calliess C, Ruffert M (eds) EUV/AEUV-Kommentar, 4th edn. C.H. Beck, München
- de Winter L (2004) Wo steckt Europas Seele? Der Spiegel 19:152–160
- Ehlers D (2007) The fundamental freedoms of the European Communities. General principles. In: Ehlers D (ed) European fundamental rights and freedoms. de Gruyter Textbook, Berlin, pp 175–225
- Ehlers D (2007) The fundamental rights of the European Union. General principles. In: Ehlers D (ed) European fundamental rights and freedoms. de Gruyter Textbook, Berlin, pp 371–398
- Gebauer J (2004) Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte. Duncker & Humblot, Berlin

⁷⁸ See on the one hand AG Sharpston, Advocate General’s opinion in Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011] ECR 00000, para 127 and BVerfGE 123, 267, para 339 et seq. on the other hand.

- Grabitz E (1970) *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*. Europa Union Verlag, Köln
- Hailbronner K (2004) Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH? *NJW*:2185–2189
- Hailbronner K, Thym D (2011) Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft. *NJW*:2008–2014
- Halterm U (2001) Europe goes camper. The EU Charter of fundamental rights from a consumerist perspective, constitutionalism web-papers, ConWEB No. 3/2001, 1–15. <http://www.qub.ac.uk/schools/SchoolofPoliticsInternationalStudiesandPhilosophy/FileStore/ConWEBFiles/Fileupload,38357,en.pdf>. Accessed 28 March 2012
- Halterm U (2005) *Europarecht*, 2nd edn. Mohr Siebeck, Tübingen
- Herzog R, Gerken L (2008) Stoppt den Europäischen Gerichtshof. *FAZ*, No. 210/8.9.2008, 8
- Ipsen H (1972) *Europäisches Gemeinschaftsrecht*. Mohr Siebeck, Tübingen
- Ipsen H, Nicolaysen G (1964) *Europäisches Gemeinschaftsrecht im Hochschulstudium und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*. *NJW*:961–967
- Kadelbach S (2007) European citizenship rights. In: Ehlers D (ed) *European fundamental rights and freedoms*. de Gruyter Textbook, Berlin, pp 541–574
- Kingreen T (2004) Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht. *EuGRZ*:570–576
- Kingreen T (2007) Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht. In: Hatje A, Huber PM (eds) *Unionsbürgerschaft und soziale Rechte*. *EuR Beiheft 1*, pp 43–74
- Kokott J (2005) EU citizenship—citoyens sans frontières? Durham European Law Institute, European Law Lecture
- Lenaerts K (1991) L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples, *CDE*, 3
- Marshall T (1950) *Citizenship and social class*. Cambridge University Press, Cambridge
- Masing J (1997) *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*. Duncker & Humblot, Berlin
- Pechstein M, Bunk A (1997) Das Aufenthaltsrecht als Auffangrecht. *EuGRZ*:547–554
- Pernice I (2009) The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. *Columbia J Eur Law* 15:349–407
- Purnhagen K, Mann D-J (2011) The nature of Union Citizenship between autonomy and dependency on (Member) State Citizenship: a comparative analysis of the Rottmann ruling, or: How to avoid a European Dred Scott decision. Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper No. 2011-09
- Ruffert M (1996) Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft. Unter besonderen Berücksichtigung ihrer prozessualen Durchsetzung. *Umwelt- und Technikrecht*, vol 33. Erich Schmidt Verlag, Heidelberg
- Seyr S, Rümke H-C (2005) Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft. *EuR*:667–675
- von Bogdandy A (2001) Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? *JZ*:157–171
- Wegener B (1998) Rechte des Einzelnen. Die Interessenklage im europäischen Umweltrecht. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden
- Wollenschläger F (2007) Grundfreiheit ohne Markt - Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime. Mohr Siebeck Verlag, Tübingen

The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the *Mangold* Approach

Christa Tobler

Abstract According to the Court's case-law, a prohibition of discrimination can flow not only from enacted (written) Union law but also from (unwritten) general principles. Faced with the lack, or limited reach, of written non-discrimination law, the Court recognised the existence of two layers of general principles of equality, namely a general principle of equality *tout court* (i.e. a principle that is not linked to any discrimination ground) and a number of general principles of equality linked to particular discrimination grounds. In the resulting multi-level system, the *Mangold* line of case-law in particular raises questions not only about the relevance and function of the general principles of equality in the larger system of Union law, but also about the interrelation between the different layers of equality law and the meaning of the prohibition of discrimination on the level of the general principles. The contribution traces the creation through the Court's case-law of the layered system of equality law and its practical implications.

LLM, Europa Institutes of the Universities of Leiden (The Netherlands) and Basel (Switzerland).

C. Tobler (✉)

Europa Institutes of the Universities of Leiden, Leiden, The Netherlands and Basel, Basel, Switzerland

e-mail: r.c.tobler@law.leidenuniv.nl; christa.tobler@unibas.ch

1 Introduction

The subject of the present chapter is the contribution of the Court of Justice to the development of the prohibition of discrimination under Union law.¹ This development began in the 1950s, when the law of the European Coal and Steel Community was the starting point for the meaning given by the Court to the legal concept of discrimination. Since then, a wealth of case-law has further refined this meaning and elaborated on the place of non-discrimination in the Union's legal order. In a broader context, non-discrimination law has also been the starting point for the development of a number of general elements of Union law, for example the duty of conform interpretation and the right to an individual substantive remedy in case of a breach of rights.²

It is obviously not possible in the present limited framework to provide a comprehensive analysis of all this. Instead, the focus will be on one particular aspect which both connects, and has an overarching effect on, the overall system of Union non-discrimination law: According to the Court's case-law, a prohibition of discrimination can flow not only from enacted (written) Union law but also from (unwritten) general principles. Faced with the lack, or limited reach, of written non-discrimination law, the Court recognised the existence of two additional and distinct layers of general principles of 'equality'/'equal treatment'/'non-discrimination' (the Court uses these terms interchangeably,³ and so does this contribution). These layers consist, first, of a general principle of equality *tout court* (i.e. a principle that is not linked to any discrimination ground) and, second, of a number of general principles of equality linked to particular discrimination grounds (e.g. age, sex, sexual orientation, nationality). In the resulting multi-level system, the written prohibitions of discrimination are specific expressions of the general principles. Recent case-law further shows that Articles 20, 21 and 23 of the Charter of Fundamental Rights (hereinafter: the Charter) are part of this system.

Perhaps the most debated decisions of the Court of recent years on discrimination relate to the second layer of this system (i.e. that of the general principles of equality with a particular focus), namely the *Mangold* line of case-law.⁴ It raises questions not only about the relevance and function of the general principles of equality in the larger system of Union law, but also about the interrelation between

¹ The present contribution is limited to EU law. As was noted already by Steindorff 1965, p. 59 the principle of equality (and thereby also the prohibition of discrimination) has a different face in different legal orders. More recently, Diebold 2011 has written about the high fragmentation of the non-discrimination principle in international economic law.

² See e.g. Tobler 2011b.

³ According to the Court, the terms 'non-discrimination' and 'equal treatment' are 'simply two labels for a single general principle of [Union] law'; Case C-422/02 *P Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH v Council and Commission* [2005] ECR I-791, para 33.

⁴ Case-law beginning with Case C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm* [2005] ECR I-9981.

the different layers of equality law and the meaning of the prohibition of discrimination on the level of the general principles.

The present contribution aims to put this case-law in the larger context of the Union's multi-level architecture of equality. After mapping the scene by briefly recalling the breadth and the limits of the Union's present non-discrimination law, the contribution traces the creation through the Court's early non-discrimination case-law of the layered system of equality law. Thereafter, it turns to the practical relevance of the two levels of the general principles of equality in cases of alleged discrimination and to the meaning of the prohibition of discrimination as it results from the Court's case-law. In the latter context, it will be argued that whilst this meaning generally remains rather elusive when a prohibition of discrimination flows from a general principle of equality, the Court in the *Mangold* line of case-law has found a surprising way of making it quite specific.

2 Mapping the Scene of the Union's Non-discrimination Law

Since the Lisbon revision, non-discrimination has been explicitly recognised as a fundamental value of the European Union in Article 2 TEU. On the level of primary law, the most notable provision to prohibit discrimination is undoubtedly Article 21 of the Charter, which binds the EU institutions, bodies, offices and agencies whenever they act under EU law, and the Member States when they are 'implementing Union law' (Article 51(1) of the Charter) or 'when they act in the scope of Union law' (Explanations on the Charter). Article 21(1) contains an open-ended list of prohibited discrimination grounds, referring to 'any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation', to which Article 21(2) adds nationality. On the level of secondary law only Article 1d(1) of the Staff Regulations is similar; it contains the same list of grounds but adds that under certain conditions non-marital partnerships shall be treated as marriages.

Other Union non-discrimination law is quite different. Firstly, some provisions prohibit discrimination without mentioning any grounds. For example, Article 40(2) TFEU in the context of agricultural law simply prohibits 'any discrimination between producers or consumers within the Union'. Similarly, Article 4(b) of the ECSC Treaty prohibited 'measures or practices discriminating among producers, among buyers or among consumers, specifically as concerns prices, delivery terms and transportation rates'. More recently, Article 4(2) (equality of EU Member States)⁵ and Article 9 TEU (equality of EU citizens) have been construed in the same manner. Secondly, where written law does focus on discrimination grounds,

⁵ See *avant la lettre* Case C-273/04 *Poland v Council* [2007] ECR I-8925 (old and new Member States).

these are limited in number, though their list is longer than is indicated by the mere text of the Treaties. In addition to well-known grounds such as EU nationality (Article 18(1) TFEU),⁶ origin of a good (e.g. Articles 95(1) and 110(1) TFEU), sex (Article 157(1) and (2) TFEU and secondary law), racial or ethnic origin (Directive 2000/43),⁷ religion or belief, disability, age and sexual orientation (Directive 2000/78),⁸ there are also part-time work (clause 4 of the Framework Agreement attached to Directive 97/81),⁹ fixed-term work (clause 4 of the Framework Agreement attached to Directive 1999/70),¹⁰ registration of a vehicle and origin or destination of a transport operation (Article 7(3) of Directive 1999/62)¹¹ and third-country nationality (e.g. Article 11 of Directive 2003/109),¹² to mention a few random examples. By their very nature, not only the number but also the substantive meaning of these grounds is limited.¹³ Thirdly, whether or not they focus on particular grounds, almost all non-discrimination provisions have a limited field of application.¹⁴ Only the prohibition of discrimination on grounds of nationality under Article 18(1) TFEU and the specific provisions reserved by it¹⁵ applies in all fields of Union law.

As a result, even though today the legislative development of the body of EU non-discrimination law has reached a point where it would be difficult to compile a

⁶ Joined Cases C-22/08 and C-23/08 *Athanasios Vatsouras (C-22/08) and Josif Koupatantze (C-23/08) v Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900* [2009] ECR I-4585, para 52.

⁷ Commission Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ 2000 L 180/22.

⁸ Commission Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ 2000 L 303/16.

⁹ Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, OJ 1998 L 14/9.

¹⁰ Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, OJ 1999 L 175/43.

¹¹ Directive 1999/62/EC of the European Parliament and of the Council on the charging of heavy goods vehicles for the use of certain infrastructures, OJ 1999 L 187/42.

¹² Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, OJ 2004 L 16/44.

¹³ See e.g. in Case C-13/05 *Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA* [2006] ECR I-6467 (disability does not include sickness); Case C-310/10 *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești v Ștefan Aghaței and Others*, judgment of 7 July 2011, n.y.r. (alleged discrimination against judges is based on a socio-professional category which is not covered by Directives 2000/43 and 2000/78).

¹⁴ See e.g. Joined Cases C-63/91 and C-64/91 *Sonia Jackson and Patricia Cresswell v Chief Adjudication Officer* [1992] ECR I-477 (poverty is not a risk covered by Community social insurance law that prohibits sex discrimination).

¹⁵ According to the General Court, these even include the competition rules; Case T-158/99 *Thermenhotel Stoiser Franz Gesellschaft mbH & Co. KG and Others v Commission* [2004] ECR II-1, para 147; compare Van Gerven 1971, p. 414 et seq.

comprehensive list of all relevant provisions,¹⁶ the protection against discrimination remains limited. This raises the question of whether gaps can be filled through the application of general principles of equality. In this context, it is useful to look back to the time when the process of building the layered system of equality law began, precisely, against the background of the lack, or limited reach, of written law in force at the time.

3 The Construction of the Multi-level Architecture of Equality

It is often assumed that the genesis of the Union's general principles of equality began with the Court's decision in *Ruckdeschel*,¹⁷ an agricultural case. However, the first steps were taken in the different context of staff law at a time when the Staff Regulations contained no non-discrimination provision. It is worth tracing this development in some detail, since it is these early cases that laid the groundwork for the different effect of the Union's general principles with respect to actions by the Union institutions, on the one hand, and Union law applicable in the Member States, on the other.

3.1 The General Principle of Equality Tout Court

3.1.1 The Staff Case *Bernardi* (1971)

In the present writer's analysis, the first decision in which the Court recognised the existence of a general principle of equality is *Bernardi*.¹⁸ In this case, an official of the European Parliament complained about the temporary posting of a colleague as a translator for two Parliament sessions in Strasbourg, instead of giving travel orders to him. Whilst Advocate General Roemer did not mention equality in his

¹⁶ See e.g. the categorisations by Timmermans 1982, p. 429, and the list by Lenaerts 1991, pp. 39–41. It might be added that non-discrimination provisions are not always immediately recognisable as such. Article 63(1) TFEU is a case in point. It replaces Article 67(1) of the EEC Treaty, which prohibited both 'restrictions' on the free movement of capital and 'discriminations based on the nationality or the place of residence of the parties and the place where the capital is invested'. Whilst Article 40 of the EEA Agreement retains this wording, Article 63(1) TFEU merely mentions restrictions. However, according to the Court these two provisions are 'substantially identical'; e.g. Case C-10/10 *Commission v Austria*, judgment of 16 June 2011, n.y.r., para 42.

¹⁷ Joined Cases 117/76 and 16/77 *Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen and Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe* [1977] ECR 1753.

¹⁸ Case 48/70 *Giorgio Bernardi v European Parliament* [1971] ECR 175.

opinion, the Court held that, unless justified in the interests of the service, the conferring of the advantages flowing from the postings in question on certain officials 'is capable of adversely affecting their immediate colleagues because it infringes the principles of equality of treatment and of objectivity which must govern the public service' (*Bernardi*, para 27).

Given that the Staff Regulations at the time contained no non-discrimination provision that could have been relied on by Mr *Bernardi*, the Court's reference to the 'principle of equality of treatment' must be read as recognition of the existence of a general principle that filled the gap. Later, the Court referred to its 'consistent case-law', according to which 'the general principle of equality is one of the fundamental principles of the law of the Community civil service [which] requires that comparable situations shall not be treated differently unless such differentiation is objectively justified' (*Ferrario*,¹⁹ para 7). It is clear that this principle is the general principle of equality *tout court*, i.e. an equality principle unrelated to a particular discrimination ground. It is simply a 'principle of equal treatment of the various servants', to borrow the words of the applicant in the earlier staff case *Huber*²⁰ (in which the Court did not enter into the substance of the argument).

3.1.2 Outside Staff Law: *Frilli* (1972) and *Ruckdeschel* (1977)

Following *Bernardi*, the Court recognised the existence of the general principle of equality *tout court* outside the realm of staff law first in *Frilli*²¹ and subsequently in *Ruckdeschel*. *Frilli* concerned the right of a retired migrant worker with a very small pension to a guaranteed income for old people under Belgian law. In addition to specific questions under Community social security law, the case also raised issues in relation to the fact that under Belgian law the benefit to a foreign worker depended on the existence of a reciprocal agreement with the Member State of which the worker was a national. The Court held that "such a condition is incompatible with the rule of equality which is one of the fundamental principles of Community law" (*Frilli*, para 19).

In *Ruckdeschel*, the issue of discrimination arose because the Community institutions, in the context of the common organisation of the market in cereals in force at the time, had abolished production refunds previously granted to a product called *quellmehl* while maintaining them with respect to a product in competition with *quellmehl*, namely maize-based starch. The Council argued that the fact that the products in question were not identical ruled out any possibility of discrimination. Advocate General Capotorti disagreed. He thought that under the terms of Article 40 of the EEC Treaty a comparison could very well be made between

¹⁹ Joined Cases 152, 158, 162, 166, 170, 173, 175, 177, 178, 179, 182 and 186/81 *W. Ferrario and Others v Commission* [1983] ECR 2357.

²⁰ Case 78/63 *Rémy Huber v Commission* [1964] ECR English special edition 367.

²¹ Case 1/72 *Rita Frilli v Belgian State* [1972] ECR 457.

producers of different products, provided that the products were substitutable. The Court, however, did not rely on that provision. It noted that this provision, whilst it clearly prohibited any discrimination between producers of the same product, did not refer in such clear terms to the relationship between different industrial or trade sectors in the sphere of processed agricultural products. However, according to the Court (*Ruckdeschel*, para 7): '[t]his does not alter the fact that the prohibition of discrimination laid down in the aforesaid provision is merely a specific enunciation of the general principle of equality which is one of the fundamental principles of Community law. This principle requires that similar situations shall not be treated differently unless differentiation is objectively justified.' In the case at hand, the Court found the abolition of the refund for quellmehl, while maintaining it for starch, 'incompatible with the principle of equality' (operative part of the judgment).

Lenaerts²² observed that *Ruckdeschel* '*institue [...] par la voie jurisprudentielle une règle de droit supérieure non écrite d'application générale*'. Indeed, *Ruckdeschel* confirmed that a general principle of equality existed not only in the Communities' staff law, but also outside this specific realm. In this context, it should be noted that the Court's statement in the above-quoted paragraph is not limited to the legality of actions by Community institutions, but rather refers to Community law in general, i.e. also to law applicable in the Member States. In *Klensch*,²³ the Court explicitly confirmed the binding effect of the general principle of equality *tout court* on the Member States where they implement EU agricultural law.

3.2 General Principles of Equality with a Particular Focus

Perhaps more surprising than the recognition of a general principle of equality *tout court* was the recognition of general principles of equality related to specific grounds. Whilst the former had long been part of the Member States' constitutional traditions,²⁴ the same was not true for the latter. Again, the starting point for the Court's case-law on this matter can be found in staff law. It concerned alleged sex discrimination.

²² Lenaerts 1991, p. 6.

²³ Joined Cases 201 and 202/85 *Marthe Klensch and others v Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture* [1986] ECR 3477.

²⁴ Unsurprisingly from that point of view, certain early academic writers saw Article 4(b) of the ECSC Treaty as an expression of this *national* principle; e.g. Börner 1965, p. 218, compare also Zuleeg 1992.

3.2.1 The General Principle of Equality with Respect to Sex

The Staff Case *Sabbatini* (1972)

The existence of a general principle of equality with respect to sex was first recognised in *Sabbatini*,²⁵ though somewhat implicitly. The case concerned an official of the European Parliament who complained about the refusal of her employer to grant her an expatriation allowance on the ground that, after her marriage, she was no longer the head of her household. This was based on a provision of the Staff Regulations according to which an official marrying a person who at the date of marriage did not qualify for the allowance forfeited the right to the allowance unless the official thereby became the head of household. A further provision resulted in a married *male* official being deemed the head of household. Ms Sabbatini complained about sex discrimination. Since the Staff Regulations contained no prohibition of discrimination that could have been applied to the case, she relied both on an alleged general principle of law prohibiting any discrimination on the ground of sex and on what was then Article 119 of the EEC Treaty on equal pay for men and women (now Article 157(1) and (2) TFEU).

In his opinion in the case (and in the parallel case *Chollet*),²⁶ Advocate General Roemer took the view that no general principle of the kind argued by Ms Sabbatini existed in the laws of the Member States. Instead, he seemed to suggest the application of Article 119 of the EEC Treaty, by analogy. According to the Advocate General, even though the contested rule did not formally distinguish between male and female officials, it nevertheless manifestly drew a distinction between the sexes since the status of head of household was determined according to sex. However, he considered this justified based on economic, sociological and psychological considerations, in particular the pre-eminence granted to the husband at the time by the family law of most Member States. The Court did not agree, holding that the Staff Regulations ‘cannot [...] treat officials differently according to whether they are male or female, since termination of the status of expatriate must be dependent for both male and female officials on uniform criteria, irrespective of sex’ (*Sabbatini*, para 12). According to the Court, the only acceptable reason for refusing the allowance was the case where the marriage brought to an end the state of expatriation itself (and thereby the very basis for the allowance).²⁷

Sabbatini is the first case where the Court found indirect sex discrimination. However, the judgment is not clear about the legal basis for this finding, nor is *Airola*,²⁸ a subsequent staff case where the unfavourable treatment of women was

²⁵ Case 20/71 *Luisa Sabbatini, née Bertoni, v Parliament* [1972] ECR 345.

²⁶ Case 32/71 *Monique Chollet, née Bauduin, v Commission* [1972] ECR 363.

²⁷ At the time of the *Sabbatini* judgment, the Court did not yet interpret the concept of indirect discrimination as including the element of objective justification; Tobler 2005, p. 184 et seq.

²⁸ Case 21/74 *Jeanne Airola v Commission* [1975] ECR 221.

caused through reliance on the official's nationality as determined by the marriage state. Commentators²⁹ at the time argued that the Court must have relied on an unwritten general principle of non-discrimination or equality specifically on the ground of sex. Subsequently, the Court in *Razzouk and Beydoun*³⁰ (para 16) explicitly spoke about 'the principle of equal treatment of both sexes' that applies in the Community civil service, and added that this principle is not limited to the requirements under the Union's sex equality law applicable in the Member States (i.e. Article 119 of the EEC Treaty and the Directives then in force).

The special approach in *Sabbatini* and *Airola* becomes evident when compared with that in *Prais*,³¹ which concerned staff recruitment competitions and disadvantageous treatment on the ground of religion. Here, no general principle was necessary in order to fill a gap, since Article 27 of the Staff Regulations provided that officials were to be selected without reference to race, creed or sex.³² The Court held that, where a candidate informs the appointing authority that religious reasons make certain dates impossible for him or her, the decision to nevertheless hold a recruitment competition on such a date infringes Article 27 of the Staff Regulations and 'the freedom of religion as embodied in the European Convention on Human Rights and thus part of the fundamental rights recognised in Community law' (*Prais*, para 18). Given the existence of Article 27 of the Staff Regulations, the Court in its reasoning could give it the place that in *Sabbatini* and *Airola* had been taken by the general principle of equality with respect to sex. The reference to the freedom of religion then simply underlined the importance of the written provision.

Outside Staff Law: *Defrenne III* (1978)

Outside staff law, the existence of a general principle of equality with respect to sex first emerged from *Defrenne III*.³³ At issue were the different retirement ages imposed by the Belgian airline Sabena on air stewardesses and (male) air stewards and the financial consequences of the early dismissal for a stewardess. Ms Defrenne's action before the Belgian courts led to three preliminary rulings. In the third of these, the national court asked (among other things), whether, outside the scope of Article 119 of the EEC Treaty, Community law contained a general principle prohibiting discrimination based on sex as regards conditions of employment in the Member States.

²⁹ Streil 1975, p. 322; Massaro 1976, pp. 530–531.

³⁰ Joined Cases 75 and 117/82 *C. Razzouk and A. Beydoun v Commission* [1984] ECR 1509.

³¹ Case 130/75 *Vivien Prais v Council* [1976] ECR 1589.

³² Note that the general principles of equality apply fully to EU personnel not covered by the Staff Regulations; see Case C-485/08 P *Claudia Gualtieri v Commission* [2010] ECR I-3009.

³³ Case 149/77 *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1978] ECR 1365 (*Defrenne III*). In Case 43/75 *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976] ECR 455 (*Defrenne II*), para 12, the Court had already stated that "the principle of equal pay forms part of the foundations of the Community".

Again, this question has to be seen against the background of a gap. At the material time there was no written Community law on the issue at hand (dismissal) but only on remuneration.

In this situation, Ms Defrenne tried to rely on Article 119 of the EEC Treaty, arguing that it is ‘only a specific statement of a general principle against discrimination which had found many expressions in the Treaty’ and, therefore, must be given a wide interpretation so as to cover dismissal (*Defrenne III*, para 6). In other words, her argument was that of a general non-discrimination (equality) principle *tout court*. The Court was more specific. Though ultimately refusing Ms Defrenne’s claim, it did recognise the existence of a general principle of equality with respect to sex.³⁴ Having stated that respect for fundamental personal human rights is one of the general principles of Community law, it added that ‘there can be no doubt that the elimination of discrimination based on sex forms part of those fundamental rights’ (*Defrenne III*, para 27). Much later, the Court explicitly referred to the ‘general principle of equality of the sexes’ in the context of Community law outside staff law (*Lindorfer*,³⁵ para 50).

However, different from the staff cases discussed above, the confirmation of the existence of such a principle did not mean that Ms Defrenne could *rely* on it. While recognising the need to ensure sex equality in working conditions for Community officials in the context of the Staff Regulations (and referring in this context to *Sabbatini* and *Airola*), the Court pointed out that, as far as Community law to be applied in the Member States was concerned, the Community at the material time ‘had not [...] assumed any responsibility for supervising and guaranteeing the observance of the principle of equality between men and women in relation to working conditions other than remuneration’ (*Defrenne III*, para 30). From this, it concluded that Ms Defrenne’s case, insofar as it did not concern pay, was outside the scope of Community law.

This means that already in the 1970s the juxtaposition of two types of cases—namely action by the institutions on the one hand and the application of Union law in the Member States on the other—showed the effect of a general (equality) principle depending on the addressees. First, it follows from *Sabbatini* and *Airola* that the institutions are generally bound by the Union’s general principles of equality, as later explicitly confirmed in cases such as *Rinke*³⁶ (para 28), according to which ‘compliance with the prohibition of [...] discrimination on the ground of sex is a condition governing the legality of all measures adopted by the [Union] institutions’. In contrast, *Defrenne III* shows that the Member States and individuals (e.g. employers) are bound by the Union’s general principles of equality only where there is Union law that brings the issue at hand within the scope of that

³⁴ See e.g. Pernice 1979, p. 414. Compare however O’Leary 2011, p. 775.

³⁵ Case C-227/04 P *Maria-Luise Lindorfer v Council* [2007] ECR I-6767.

³⁶ Case C-25/02 *Katharina Rinke v Ärztekammer Hamburg* [2003] ECR I-8349.

law, or, in the helpful wording of Ellis, where the general principle can be 'attached' to Union law.³⁷

3.2.2 General Principles of Equality on Other Grounds

The recognition by the Court of the existence of general principles of equality in respects other than sex followed only much later. In *Mangold* (paras 74 and 75), the Court recognised the existence of a general principle of equality with respect to age, religion or belief, disability and sexual orientation. In relation to sexual orientation, the existence of such a principle was subsequently confirmed in *Römer*³⁸ (paras 59 and 60). In the context of Euratom law, where there is no equivalent to Article 18(1) TFEU, the Court in *ČEZ*³⁹ (para 89) recognised the existence of a general principle of non-discrimination on the ground of nationality.

However, the list of such principles that might be recognised by the Court in the future is not boundless. *Audiolux*⁴⁰ is a case in point. It concerned the protection of minority shareholders in the event of other shareholders acquiring or strengthening their control of a company. In its reference for a preliminary ruling, the national court asked whether the existence of a general principle of equality with respect to minority shareholders can be deduced from specific provisions of secondary company law on equal treatment and protection of minority shareholders (these provisions did not apply to the case at hand). In other words, the question was whether these specific provisions are expressions of a 'larger' general principle. This the Court denied, observing 'that the mere fact that secondary Community legislation lays down certain provisions relating to the protection of minority shareholders is not sufficient in itself to establish the existence of a general principle of Community law, in particular if the scope of those provisions is limited to rights which are well-defined and certain. Therefore, in examining the provisions mentioned by the national court, the sole purpose is to ascertain whether they give any conclusive indications of the existence of such a principle. In that connection, it must be stated that only if those provisions are drafted so as to have binding effect [...], will those provisions have indicative value showing the well-defined content of the principle concerned [...]' (*Audiolux*, para 34). In the case at hand, the Court found that the relevant provisions in secondary law were too specific to allow the conclusion of the existence of a general principle of

³⁷ Ellis and Watson 2012, p. 344; further Rastrelli 1979, p. 140

³⁸ Case C-147/08 *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg*, judgment of 10 May 2011, n.y.r.

³⁹ Case C-115/08 *Land Oberösterreich v ČEZ as* [2009] ECR I-265.

⁴⁰ Case C-101/08 *Audiolux SA e.a v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and Others and Bertelsmann AG and Others* [2009] ECR I-9823.

equality with respect to minority shareholders.⁴¹ From this, it must be concluded that not every written non-discrimination provision is an expression of a general principle. At the same time, *Audiolux* shows that where there is no general principle of equality with respect to a particular ground, the general principle of equality *tout court* remains relevant.⁴²

3.3 *Links Between the Layers and with the Charter*

Returning to the overall picture of the Union's multi-level architecture of equality, the Court's case-law shows that the different layers of this system are linked to each other. Firstly, the written prohibitions of discrimination are specific expressions of the general principles of equality. From a logical point of view, it is clear that written provisions without a discrimination ground can only be linked to the general principle of equality *tout court*. Accordingly, the Court stated in *Royal Scholten-Honig*⁴³ (para 26) that what is today Article 40(2) TFEU on agricultural law 'is merely a specific enunciation of the general principle of equality'. As for those provisions that do refer to a particular discrimination ground, again from a logical perspective their first link is to the general principle of equality with respect to the relevant ground. Thus, the Court stated for example in *Küçükdeveci* (para 27) that 'the general principle of European Union law prohibiting all discrimination on grounds of age' is given expression in Directive 2000/78 in the domain of employment and occupation.

Secondly, the general principles of equality with a specific focus can be seen as specific expressions of the general principle of equality *tout court*. In that sense, it is also possible to conceive of written prohibitions of discrimination as specific expressions of this latter principle. For example, in *Österreichischer Gewerkschaftsbund*⁴⁴ (para 59), the Court called the principle of equal pay for men and women under Article

⁴¹ E.g. Bengoetxea 2010, p. 1184. Some commentators point out that one complication lies in the fact that most of the specific provisions at issue concern the relationship between the company and its shareholders, whilst *Audiolux* concerns the relationship between different shareholders; e.g. Wilsing and Paul 2009, p. 756; Mucciarelli 2010, p. 162 et seq.

⁴² Having denied the existence of a general principle of equality with regard to minority shareholders, the Court in *Audiolux* proceeded to examine whether the general principle of equality *tout court* requires equal treatment of minority shareholders by a shareholder acquiring or strengthening his control of a company. This the Court denied, stating in particular that 'the general principle of equal treatment cannot in itself either give rise to a particular obligation on the part of the dominant shareholder in favour of the other shareholders or determine the specific situation to which such an obligation relates' (para 57).

⁴³ Joined Cases 103 and 145/77 *Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited v Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited v Intervention Board for Agricultural Produce* [1978] ECR 2037.

⁴⁴ Case C-220/02 *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v Wirtschaftskammer Österreich* [2004] ECR I-5907.

157(1) TFEU and Directive 2006/54 a specific expression of 'the principle of non-discrimination', without referring to sex.⁴⁵ In other cases, the Court appears to combine the three layers. In *ČEZ* (paras 89 and 91) the Court explained its finding that 'the principle of prohibition of any discrimination on grounds of nationality' is a general principle which is also applicable under the law of the Atomic Energy Community, by pointing out that what is today Article 18(1) TFEU 'is a specific expression of the general principle of equality'. Though not illogical in the perspective of the overall system, it is nevertheless submitted that it would be helpful if the Court were to distinguish more clearly between the individual layers.

Thirdly, the Court's more recent case-law has confirmed that Articles 20 (equality before the law), 21 (non-discrimination) and 23 (equality between men and women) of the Charter are part of the Union's multi-level architecture of equality. According to the Explanations on the Charter, Article 20 'corresponds to a general principle of law which is included in all European constitutions and has also been recognised by the Court of Justice as a basic principle of Community law'. In *Chatzi*⁴⁶ (paras 63 and 64), the Court confirmed that the fundamental nature of the principle of equal treatment as one of the general principles of European Union law 'is affirmed in Article 20 of the Charter' and continued to state: '[t]his principle requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified'. Importantly, this definition shows that in spite of its wording, Article 20 is not about 'equality before the law' understood in a traditional sense (i.e. equal application of the law to all, whatever the content of the law)⁴⁷ but indeed the broad principle as previously recognised in its case-law. In *Sayn-Wittgenstein*⁴⁸ (para 89), the Court stated that 'the principle of equal treatment' is 'also enshrined in Article 20 of the Charter of Fundamental Rights' (see also *Nagy*,⁴⁹ para 47).

In the context of Articles 21 and 23 of the Charter, the Explanations on the Charter do not mention general principles of equality. However, the Court observed in *Prigge*⁵⁰ (para 38) that 'the prohibition of all discrimination on grounds, inter alia, of age is incorporated in Article 21 of the Charter', and in

⁴⁵ Similarly already Case C-132/92 *Birds Eye Walls Ltd. v Friedel M. Roberts* [1993] ECR I-5579, para 17; Case C-218/98 *Oumar Dabo Abdoulaye and Others v Régie nationale des usines Renault SA* [1999] ECR I-5723, para 16, and Case C-320/00 *A. G. Lawrence and Others v Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group and Mitie Secure Services Ltd.* [2002] ECR I-7325, para 12.

⁴⁶ Case C-149/10 *Zoi Chatzi v Ipourgos Ikonomikon*, judgment of 16 December 2010, n.y.r.

⁴⁷ E.g. Vierdag 1973, pp. 16–17.

⁴⁸ Case C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein v Landeshauptmann von Wien*, judgment of 22 December 2010, n.y.r.

⁴⁹ Case C-21/10 *Károly Nagy v Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal*, judgment of 21 July 2011, n.y.r.

⁵⁰ Case C-447/09 *Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach v Deutsche Lufthansa AG*, judgment of 13 September 2011, n.y.r.

*Hennigs and Mai*⁵¹ (para 46) that ‘the principle of non-discrimination on grounds of age’ is ‘enshrined in primary law in Article 21 of the Charter’. Here, too, equality ‘requires that comparable situations must not be treated differently, and different situations must not be treated in the same way, unless such treatment is objectively justified’ (*Test-Achats*,⁵² para 28 read in conjunction with para 17, in the context of Articles 21 and 23 of the Charter).⁵³

It may be concluded that whilst Article 20 corresponds to the general principle of equality *tout court*, Articles 21 and 23 reflect general principles of equality with respect to particular grounds (keeping in mind, however, that the Charter is addressed only to the institutions of the Union and to the Union’s Member States).

4 Relevance and Meaning

4.1 Relevance of the General Principles of Equality in Practice

In the system of Union law, the general principles have constitutional status (*Audiolux*, para 63). Whether a prohibition of discrimination derived from a general principle applies in a practical case depends on the situation. Firstly, in cases where the legality or validity of a measure of secondary law or its interpretation consistent with primary law is at issue, and where there is an applicable superior non-discrimination rule in the written law other than Articles 20, 21 and 23 of the Charter, such as for example Article 40(2) TFEU, there is no room, and no need, to apply a general principle. Conversely, where there is no such law, a general principle of equality will be the benchmark for the analysis (*Ruckdeschel*, *Test-Achats*). The same is true where equality is relied on as a justification for restricting another right (e.g. *Sayn-Wittgenstein*). In such cases, the general principle of equality *tout court* will be relevant where there is no general principle of equality with particular focus (e.g. *Ruckdeschel*, *Sayn-Wittgenstein*). Otherwise, the relevant principle with a particular focus will apply (e.g. *Test-Achats*, in relation to sex). In the latter context, the particular focus has the advantage of implying that the relevant ground by itself (i.e. in the context of *Test-Achats* the mere difference in sex between female and male holders of insurance policies) cannot be relied on in order to argue non-comparability.⁵⁴

⁵¹ Joined Cases C-297/10 and C-298/10 *Sabine Hennigs (C-297/10) v Eisenbahn-Bundesamt and Land Berlin (C-298/10) v Alexander Mai*, judgment of 8 September 2011, n.y.r.

⁵² Case C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres*, judgment of 1 March 2011 (Grand Chamber), n.y.r.

⁵³ See e.g. Tobler 2011a, p. 2051, with further references.

⁵⁴ Regarding the issue of comparability in *Test-Achats*, see section “[The Elusive Concept of Comparability.](#)”

Secondly and similarly, in cases that do not concern the legality or validity of a measure of secondary law, written non-discrimination law will be relevant insofar as it covers the matter at issue. Where a gap needs to be filled and actions of the institutions are at issue, the general principles of equality recognised by the Court can apply without further ado (e.g. *Bernardi, Sabbatini*). In contrast, where a case concerns Union law to be applied in the Member States, the situation is more complex, since here the application of a general principle of equality requires that this principle can be attached to some other EU law. As already noted, this was not possible in *Defrenne III*, and neither was it in the more recent cases of *Chacón Navas*⁵⁵ and *Bartsch*.⁵⁶ This means that in these cases the applicants could not invoke a general principle of equality in order to argue that they were the victims of discrimination prohibited under Union law.

In other contexts, such an argument has proven to be possible. One interesting example concerns EU citizenship, where cases such as *Pusa*⁵⁷ and *Gaumain-Cerri*⁵⁸ can be read as based on the general principle of equality *tout court* (rather than on Article 18(1) TFEU), which is attached to Article 21(1) TFEU, in order to allow the Union citizens to complain about unequal treatment by their *own* Member State on the ground of having exercised free movement rights.⁵⁹ However, since the Court began to interpret Article 21(1) TFEU as implying a prohibition of restrictions,⁶⁰ this construction has no longer been necessary.⁶¹

More recently, the Court has found discrimination based on a general principle of equality in a series of cases involving age discrimination, among which notably *Mangold* and *Kücükdeveci*. In the former, the Court attached the general principle of equality with respect to age to the Fixed-Term Work Directive, and in the latter

⁵⁵ Case C-13/05 *Sonia Chacón Navas v Euresst Colectividades SA* [2006] ECR I-6467 (there is nothing in Union law to which the general principle of equality *tout court* could be attached in such a manner as to prohibit disadvantageous treatment on the ground of sickness).

⁵⁶ Case C-427/06 *Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* [2008] ECR I-7245 (there is nothing in Union law to which the general principle of equality with respect to age could be attached where a matter falling within the scope of Directive 2000/78 arises before the end of the period for the implementation of that Directive in the Member States).

⁵⁷ Case C-224/02 *Heikki Antero Pusa v Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö* [2004] ECR I-5763.

⁵⁸ Joined Cases C-502/01 and C-31/02 *Silke Gaumain-Cerri v Kaufmännische Krankenkasse - Pflegekasse and Maria Barth v Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz* [2004] ECR I-6483.

⁵⁹ Tobler 2005, p. 364 et seq.

⁶⁰ E.g. Case C-406/04 *Gérald De Cuyper v Office national de l'emploi* [2006] ECR I-6947.

⁶¹ These days, the Court's case-law deals with discriminations on grounds of nationality by one's own Member State under the concept of restrictions; see also Mei 2009, p. 280. More generally, differences in treatment other than those on the ground of *nationality* by the *host* Member State may amount to restrictions; see e.g. the different tax treatment of dividends received by non-resident and resident pension funds under the law on the free movement of capital in Case C-493/09 *Commission v Portugal*, judgment of 6 October 2011, n.y.r., para 30. If seen in this manner, it is not necessary to examine all citizenship cases involving different treatment in the light of equality, as appears to be done by e.g. Amadeo 2011.

to Directive 2000/78.⁶² However, as the present writer has argued in a different context,⁶³ in such cases an additional element must be taken into account when considering the relevance of the general principles of equality. Under the *Tedeschi* principle,⁶⁴ rules of primary law can apply only in the absence of more specific secondary law. Decisively, according to the Court, Directive 2000/78 does *not* constitute such a specific measure with respect to the general principles of equality relating to religion or belief, disability, age and sexual orientation. It merely provides for a ‘general framework’ for the implementation of the prohibitions of discrimination at issue. In other words, the prohibitions in the Directive are merely declaratory and for that reason do not fill the gap on the level of the secondary law. In *Küçükdeveci* (para 27), the Court in the context of age discrimination explicitly confirmed that, where an allegation of such discrimination concerns a matter within the scope of EU law, ‘it is the general principle of European Union law prohibiting all discrimination on grounds of age, as given expression in Directive 2000/78, which must be the basis of the examination of whether European Union law precludes national legislation’.

In cases where there is EU law to which the general principle of equality with respect to age could be attached, this approach has allowed the Court to avoid notably the issue of the lack of horizontal effect of Directives, by instead relying on the primacy of the general principle⁶⁵ in a situation involving a legal conflict between individuals.⁶⁶ However, it remains to be seen whether the same approach can be applied in a different context. Given that the Court’s reasoning with respect to the merely declaratory nature of Directive 2000/78 appears to be based on the nature of that Directive as providing no more than a ‘general framework’, it is doubtful that it can be transposed to many other measures of the Union’s secondary law.⁶⁷ Arguably, this is confirmed by the Court’s approach in *Dominiguez*,⁶⁸ which avoids a *Mangold*-type construction even though the case concerned an issue (namely the right to annual leave) that appears both in EU secondary

⁶² This link has been particularly heavily criticised; e.g. De Mol 2011, p. 126.

⁶³ Tobler 2011b, p. 98 et seq.

⁶⁴ Case 5-77 *Carlo Tedeschi v Denavit Commerciale s.r.l.* [1977] ECR 1555, para 35.

⁶⁵ See the reference to Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* [1978] ECR 629 in *Mangold*, para 77.

⁶⁶ *Mangold* was the first case to do so. Earlier cases on the horizontal effect of prohibitions of discrimination concerned written law, rather than general principles of equality; e.g. Case 43/75 *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976] ECR 455 (*Defrenne II*), regarding what is today Article 157(1) TFEU (equal pay for men and women workers), and Case C-281/98 *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* [2000] ECR I-4139, regarding Article 45 TFEU (free movement for workers).

⁶⁷ Other examples of this type of ‘framework’ Directives (though not ‘general framework’ Directives) might be Directive 2000/43 (see Article 1) and Directive 2004/113 (see Article 1); see again Tobler 2011b.

⁶⁸ Case C-282/10 *Maribel Dominguez v Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la région Centre*, judgment of 24 January 2012, n.y.r., paras 121–134 of the Advocate General’s opinion.

law)⁶⁹ and in the Charter, and even though Advocate General Trstenjak in her opinion discussed the possibility of such an approach.⁷⁰

4.2 *The Meaning of the Prohibition of Discrimination Under a General Principle of Equality*

4.2.1 Basic Definitions and Operationalisation Through Written Law

The basic definitions of equality and discrimination under EU law show that the Court's understanding of these concepts is based on the so-called Aristotelian model.⁷¹ According to settled case-law, the principle of equality or equal treatment 'requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified' (e.g. *Arcelor*,⁷² para 23,⁷³ and, in the context of Article 20 of the Charter of Fundamental Rights, *Chatzi*, para 64). As for discrimination, it 'can arise only through the application of different rules to comparable situations or the application of the same rule to different situations' (e.g. *Commission v Hungary*,⁷⁴ para 50).⁷⁵

⁶⁹ Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, OJ 2003 L 299/9.

⁷⁰ Whilst the Court called the right to paid annual leave as stated in the Directive 'a particularly important principle of European Union social law' (*Dominguez*, para 16), it discussed neither the existence of a general principle on this issue nor its relationship with the Directive and with Article 31(2) of the Charter. In the present writer's analysis, the *Mangold* approach requires both the existence of a general principle and room for its application under the *Tedeschi* principle.

⁷¹ E.g. More 1993, p. 53. It should be noted that the prohibition of harassment under the Union's social law is based on a different approach; see Holtmaat 2009.

⁷² Case C-127/07 *Société Arcelor Atlantique et Lorraine and Others v Premier ministre, Ministre de l'écologie et du Développement durable and Ministre de l' conomie, des Finances et de l'Industrie* [2008] ECR I-9895.

⁷³ An early indication that equality may require different (rather than same) treatment can be found in Case 15/57 *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse v High Authority of the European Coal and Steel Community* [1957–1958] ECR 211, p. 230.

⁷⁴ Case C-253/09 *Commission v Hungary*, judgment of 1 December 2011, n.y.r. In the seminal Case 13/63 *Italy v Commission* [1963] ECR 165, the Court in this context referred to 'discrimination in substance', as opposed to discrimination in form.

⁷⁵ In the most recent generation of non-discrimination legislation, where there are legal definitions of discrimination, comparability is only mentioned in the context of direct discrimination. Seen that in the Court's case-law comparability is also relevant in the context of indirect discrimination, it has been argued that to require it also in the context of indirect discrimination is dogmatically unsound and should be abandoned; Schiek 2007, p. 468 et seq. However, there appears to be no case-law that would confirm such a change in approach.

In practice, the main problem with this approach lies in the fact that its constitutive elements, namely comparability and justification, remain undefined.⁷⁶ As in other legal systems, the prohibition of discrimination under Union law is made more concrete through written law. For example, such law may contain specific elements concerning comparability (e.g. the reference to ‘equal work or work of equal value’ in Article 157(1) TFEU⁷⁷ or the definition of the ‘comparable permanent worker’ under clause 3 of the Framework Agreement attached to Directive 1999/70). Further, it may explicitly distinguish between direct and indirect discrimination (e.g. Article 7(3) of Directive 1999/62) or even give legal definitions of these and other forms of discrimination (e.g. Article 2 of Directive 2000/78). Also, written law may limit the possibilities to justify discrimination. As a rule, justification for direct discrimination under written law is based on a closed system (i.e. direct discrimination can be justified exclusively based on the grounds listed in the law,⁷⁸ as opposed to indirect discrimination where the much broader possibility of objective justification is inherent in the modern definition of the concept). In contrast, in some contexts written law provides for the possibility of objective justification even with respect to direct discrimination. The best-known example is probably Article 6(1) of Directive 2000/78, concerning age discrimination (though the Court’s case-law has specified that here objective justification is limited to social policy objectives).⁷⁹ Finally, written provisions may contain specific rules on matters of enforcement such as proof (which must be distinguished from the existence of justification),⁸⁰ remedies and sanctions.

The degree of operationalisation through written law as well as its specific content may differ depending on the area of Union law. Some prohibitions of discrimination remain close to the general principle of equality *tout court*, for example Article 40(2) TFEU, which merely specifies those who benefit from the prohibition. Most other provisions are more specific, though on the level of the TFEU even basic aspects remain based on the Court’s case-law (for example the distinction between direct and indirect discrimination and the requirements of proof in this context under the Treaty rules on free movement, with the exception of Article 200(5) TFEU).⁸¹

⁷⁶ See e.g. Westen 1982 and Fredman 2011, p. 8 et seq.

⁷⁷ Though it should be noted that this does not exclude other elements of comparability; see e.g. Case C-218/98 *Oumar Dabo Abdoulaye and Others v Régie nationale des usines Renault SA* [1999] ECR I-5723 and Case C-19/02 *Viktor Hlozek v Roche Austria Gesellschaft mbH* [2004] ECR I-11491.

⁷⁸ E.g. Case C-64/08 *Ernst Engelmann*, judgment of 9 September 2010, n.y.r., para 34.

⁷⁹ *Prigge*, paras 34 and 81. Other examples where objective justification is possible for direct discrimination concern part-time work and fixed-term work under clauses 4 of the relevant Framework Agreements and direct sex discrimination under Article 4(5) of Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ 2004 L 373/37.

⁸⁰ See Case C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* [2008] ECR I-5187, paras 29–40 (proof), as compared to paras 21–28 (existence of discrimination).

⁸¹ Case C-237/94 *John O’Flynn v Adjudication Officer* [1996] ECR I-2617.

The by far most developed legislation stems mainly from the social field (Directives 2000/43, 2000/78, 2004/113, 2006/54 and 2010/41).⁸² Much of this modern law codifies case-law of the Court, though more recent case-law has yet again added interesting elements, such as the recognition of discrimination by association⁸³ and a notable shift of the boundary between direct and indirect discrimination.⁸⁴

4.2.2 The Prohibition of Discrimination Under a General Principle of Equality

Different from the written law just mentioned, the definition of discrimination in the context of the general principles of equality generally revolves around comparability and objective justification. It has been observed that on this level equality is 'a loose principle that amounts to little more than a general standard of fairness and rationality'.⁸⁵

The Elusive Concept of Comparability

Comparability in particular has proven to be an elusive concept. Where Union law prohibits not only discrimination but also restrictions, as is the case in the areas of free movement and Union citizenship, it may be possible to avoid it.⁸⁶ This is, however, not possible in the context of the general principles of equality. First, where the claim is one for equal (same) treatment, there is the need to find a comparator that is suitable for the purposes of the case at hand.⁸⁷ Second, since by

⁸² Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC, OJ 2010 L 180/1.

⁸³ Case C-303/06 *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law* [2008] ECR I-5603.

⁸⁴ E.g. Case C-196/02 *Vasiliki Nikoloudi v Organismos Tilepikoinonion Ellados AE* [2005] ECR I-1789 and Case C-267/06 *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* [2008] ECR I-1757 as compared to e.g. Case 15/69 *Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v Salvatore Ugliola* [1969] ECR 363 and Case C-79/99 *Julia Schnorbus v Land Hessen* [2000] ECR I-10997; see Tobler and Waaldijk 2009, p. 735 et seq.

⁸⁵ E.g. Bell 2011, p. 626.

⁸⁶ See Case C-293/06 *Deutsche Shell GmbH v Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg* [2008] ECR I-1129, para 28 of Advocate General Sharpston's opinion. The Court followed her suggestion.

⁸⁷ In the Court's case-law, cases involving discrimination through same treatment are comparatively rare; see e.g. Case C-400/02 *Gerard Merida v Bundesrepublik Deutschland* [2004] ECR I-8471 (taxation of migrant workers); Joined Cases T-437/04 and T-441/04 *Holger Standertskjöld-Nordenstam and Jean-Claude Heyraud v Commission* [2006] I-A-2-00029, II-A-2-00127 (Union civil servants) and Case C-558/07 *The Queen, on the application of S.P.C.M. SA, C.H. Erbslöh KG, Lake Chemicals and Minerals Ltd and Hercules Inc. v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs* [2009] ECR I-5783 (REACH).

definition no two situations are in all respects the same, it will always be possible to find elements that distinguish them, and it will then be necessary to make a judgment on their legal relevance.⁸⁸ That judgment is necessarily a value judgment. The Court's case-law offers little practical guidance in that regard, other than that when legislation is concerned the comparability of situations must be assessed in the light of the subject-matter and purpose of the measure in question (*Test-Achats*, para 29, based on a consistent line of case-law).⁸⁹

The issues that may arise in this context are well illustrated by a number of recent cases decided by the Court on the basis of a general principle of equality. For example, in *Chatzi*, mother of twins claimed double parental leave, thereby implicitly claiming that her situation is comparable to that of parents who have two children consecutively. Similarly, the Commission argued that parents of twins are in a situation comparable to that of parents of children separated by a small age difference. The Court, however, interpreting the relevant provisions of Union law in the light of Article 20 of the Charter, found that there is no suitable comparator in such a case. Rather, parents of twins are in a special situation, which must be taken into account by the national legislature by making sure that parents of twins receive treatment that takes due account of their particular needs.⁹⁰

In *Sturgeon*,⁹¹ a case involving consumer rights in air transport, passengers complained because they were refused compensation for delayed flights, in line with the wording of the relevant Union legislation, which mentions a right to compensation only in the event of cancellations. The difference in treatment was based on the legislator's judgment that the situations of the airlines in terms of their responsibility are not comparable with respect to delays and cancellations. The Court, interpreting the relevant provisions in the light of the general principle of equality *tout court*, relied on a different comparison. It compared the situations of the air passengers in terms of the damage they suffered in the event of delays and cancellations and found them comparable.⁹²

Comparability also played an essential role in *Test-Achats*, where the Court had to examine the validity of a provision of secondary non-discrimination law. This case, which concerns the treatment of men and women in insurance contracts, not only involves different layers of the Union's system of equality law, it also provides a particularly useful illustration of the complexity of the issues that may arise in the context of comparability. At issue was the validity of Article 5(2) of Directive 2004/113, which allowed the Member States, in derogation from the principle of equal treatment set up under Article 5(1) and with the exception of

⁸⁸ See Advocate General Sharpston in her opinion in *Lindorfer*, para 24.

⁸⁹ See already Advocate General Capotorti in his opinion in *Ruckdeschel*, p. 1779.

⁹⁰ Critical on the Court's approach to comparability Argalías 2010.

⁹¹ Joined Cases C-402/07 and C-432/07 *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon and Alana Sturgeon v Condor Flugdienst GmbH (C-402/07)*; *Stefan Böck and Cornelia Lepuschitz v Air France SA (C-432/07)* [2009] ECR I-10923.

⁹² See e.g. Lenaerts and Gutiérrez-Fons 2010, p. 1636. Critical on *Sturgeon* e.g. Mendes de Leon 2010.

costs related to pregnancy and maternity regulated under Article 5(3), to decide before 21 December 2007 to permit proportionate differences in individuals' premiums and benefits where the use of sex is a determining factor in the assessment of risk based on relevant and accurate actuarial and statistical data. Article 5(2) was the result of the legislative process (the Commission's proposal had provided for equal treatment after a transitional period).⁹³ It reflected the legislator's view that factual differences between men and women with respect to the levels of risk of the respective groups were relevant for the purpose at hand and, therefore, could lead to different treatment of the individuals belonging to these groups.

The Court based its examination on Articles 21 and 23 of the Charter on the one hand, and on the legal basis of Directive 2004/113 on the other. In the context of the latter, it stated that the legislator was entitled to bring about equal treatment of the sexes in the field of insurance gradually, with appropriate transitional periods. In the context of the former, it found that the legislator had acted in an inconsistent manner: whilst it started from the legal presumption of comparability as expressed in Article 5(1) (in other words, from the absence of any legally relevant differences), it then nevertheless allowed for a permanent derogation (as expressed in Article 5(2), which implies the presence of legally relevant differences). The combination of these findings led to the Court to declare Article 5(2) invalid as of 21 December 2012.⁹⁴

Different from *Sturgeon*, the Court in *Test-Achats* did not enter into an examination of the appropriateness of relying on factual differences (i.e. differences between groups of male and female insurance policy holders based on actuarial and statistical factors). Rather, it appears to focus on the consistency of the legislator's choices, similar to the approach in *Ruckdeschel*, where it relied on the 'original' decision by the legislator on comparability, which had led to the same treatment of quellmehl and starch, and found that the later decision, namely to abolish the refund only for quellmehl, was inconsistent in the absence of proof of factors showing that quellmehl and starch were no longer in comparable situations. It remains unclear what are the consequences of *Test-Achats* for the assessment of the comparability of situations of insurance policy holders in other contexts (namely statutory pensions under Directive 79/7,⁹⁵ and occupational pensions under Directive 2006/54 and the proposed Directive on implementing the

⁹³ Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services, COM(2003) 657 fin., pp. 6–9.

⁹⁴ Tobler 2011a, with further references; see also the Commission's Guidelines on the application of Council Directive 2004/113/EC to insurance, in the light of the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-236/09, OJ 2012 C 11/1.

⁹⁵ Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security, OJ 1979 L 6/24.

principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation).⁹⁶

The complexity of the issue is further illustrated by the arguments of Advocate General Van Gerven, made almost 20 years ago in the context of occupational pensions and alleged sex discrimination. According to the Advocate General, differences established on the basis of actuarial factors between men and women as *groups* cannot be legally relevant when it comes to the calculation of contributions and benefits ascribed to *individuals* (like the Commission, the Advocate General advocated an individual, rather than a group-based approach).⁹⁷ Moreover, comparability was only the second label for his argument in favour of an individual approach: his first argument was couched in terms of justification, similar to Advocates General Jacobs and Sharpston in their opinions in the staff case *Lindorfer* (para 46 et seq. and para 46, respectively). Recently, the Court confirmed in a different context that the same factual element may be relevant in the analytically different contexts of comparability and objective justification (*Rosado Santana*, para 69),⁹⁸ which is rather confusing.⁹⁹

Objective Justification

Turning to objective justification, it would appear that it is less defined as a concept in the context of the general principles of equality than in that of indirect discrimination or restrictions. In the context of the latter two legal concepts, there must be a legitimate aim that must not be of a purely economic nature, and the measure in question must be appropriate (suitable) and necessary (requisite).¹⁰⁰ In the context of the former, the test appears to be more generally one of arbitrariness.¹⁰¹

In practice, the assessment of objective justification in cases involving a general principle of equality may be extremely brief, or even non-existent. For example, in

⁹⁶ Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM(2008) 426 fin.

⁹⁷ Joined opinions of Advocate General Van Gerven in Cases C-109/91 *Gerardus Cornelis ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het glazenwassers- en schoonmaakbedrijf*, C-109/91 *Michael Moroni and ColloGmbH*, C-110/91 *David Neath v Hugh Steeper Ltd.* and C-200/91 *Coloroll Pension Trustees v James Richard Russel and Others* [1993] ECR I-4879, para 34 et seq. This is also the issue behind the US case-law cited by the Advocate General (and by Advocate General Kokott in her opinion in *Test-Achats*).

⁹⁸ Case C-177/10 *Francisco Javier Rosado Santana v Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*, judgment of 8 September 2011, n.y.r.

⁹⁹ Compare Gerards 2005, pp. 71 and 347.

¹⁰⁰ For an illustrative application in the area of free movement for workers, see Advocate General Sharpston's opinion in Case C-542/09 *Commission v The Netherland* of 16 February 2012, n.y.r.

¹⁰¹ Tridimas 2006, pp. 84 and 92 et seq.

Sturgeon the Court simply stated that no objective justification for the different treatment in question appeared to exist, without any further elaborations. In *Test-Achats*, there is no mention of justification at all. Conversely, age discrimination cases in the line of *Mangold* contain extensive elaborations on justification. The reason for this lies in a special approach of the Court to the interpretation of the general principle of equality on the ground of age (and in the same vein, to those on the grounds of religion or belief, disability and sexual orientation), which leads to a much more detailed framework of analysis.

From *Mangold* via *Küçükdeveci* to *Prigge*: Making (Some) General Principles of Equality Quite Concrete

As was already noted, the Court in the *Mangold* and *Küçükdeveci* line of cases applies the general principle with respect to age 'as given expression in Directive 2000/78'. The link thus made with the Directive led the Court to examine the existence of discrimination in the light of the provisions of the Directive. As Bell¹⁰² puts it, the Court embodies the general principle with the detailed contents of the Directive. Obviously, the same would not have been possible with respect to the general principle of equality *tout court*, which underlines the practical importance of the second layer in the multi-level architecture of equality under Union law.

In this manner, not only do the legal definitions of direct and indirect discrimination under Article 2 of the Directive become relevant as a matter of the general principle, but so, too, do the Directive's comparatively more restrictive rules on justification. The practical consequences are well illustrated by *Prigge*, an age discrimination case concerning pilots, whose employment contracts were automatically terminated when they reached the age of 60, pursuant to a collective agreement. Having recalled the existence of the principle of non-discrimination on grounds of age which must be regarded as a general principle of EU law and which has been given specific expression in Directive 2000/78 in the domain of employment and occupation, and having further recalled its incorporation in Article 21 of the Charter, the Court examines the questions before it in the light of the provisions of the Directive on scope, the definition of direct discrimination and justification.

The Court finds that rules of a collective agreement such as that at issue in *Prigge* concern the employment conditions of workers within the meaning of Article 3(1)(c) of the Directive and are, therefore, within the scope of the Directive. Next, the Court states that a pilot who attains the age of 60 is in a comparable situation to that of a younger pilot performing the same activity for the same airline company and/or falling under the same collective agreement, and that the former is treated in a less favourable manner than the latter, directly on the ground

¹⁰² Bell 2011, p. 628.

of his age. Turning to the issue of justification, the Court examines several grounds from the ‘complex web of derogations’¹⁰³ under Directive 2000/78. It rejects justification based on Article 2(5) (according to which the Directive is ‘without prejudice to measures laid down by national law which, in a democratic society, are necessary for public security, for the maintenance of public order and the prevention of criminal offences, for the protection of health and for the protection of the rights and freedoms of others’) and based on Article 4(1) (which allows for different treatment based on a characteristic related to the discrimination ground that constitutes a genuine and determining occupational requirement) for lack of necessity. It also rejects justification based on Article 6(1) (which allows for different treatment if ‘objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives [...] if the means of achieving that aim are appropriate and necessary’ and in this context mentions several examples), because justification under this provision is limited to social policy objectives.

Overall, given that the issue at hand falls within the scope of Directive 2000/78 and that there is different treatment on grounds of age for which there is no justification, it must be concluded that a rule of the type at issue in *Prigge* constitutes direct age discrimination. Even though the Court constantly refers to Directive 2000/78, it must be remembered that what is at issue is discrimination under the general principle with respect to age ‘as given expression in Directive 2000/78 in the domain of employment and occupation’. The case shows that with this approach Court has found a way to make the meaning of the prohibition of discrimination under the general principle/the Charter much more specific than would otherwise be the case. This is particularly evident on the level of justification, where the analysis in cases such as *Prigge* contrasts starkly with that in other cases decided on the basis of a general principle of equality. In this context, non-discrimination is clearly more than a general standard of fairness and rationality.

However, the fact remains that the *Mangold* approach as reflected in *Prigge* is rather peculiar. In effect, it means that in a horizontal situation where Directive 2000/78 could not have been relied on had it been applicable (compare *Dominiguez*), the Directive is held not to be applicable (based on the argument that the prohibition of discrimination on the ground of age flows from a general principle rather than from the Directive), but then nevertheless used in order to provide the necessary link to bring the matter at issue within the scope of Union law, in order to allow for the applicability of the general principle of equality with respect to age, whose meaning in turn is determined relying on the specific content of the (non-applicable!) Directive. Those familiar with the tales of the legendary Baron von Münchhausen may feel reminded of the story in which the baron saved himself from drowning by pulling himself up by his own hair.¹⁰⁴

¹⁰³ Barnard 2001, p. 970.

¹⁰⁴ Baron von Münchhausen: “[...] und fiel nicht weit vom andern Ufer bis an den Hals in den Morast. Hier hätte ich ohnfehlbar umkommen müssen, wenn nicht die Stärke meines eigenen

5 Conclusion

From the very beginnings of European Community law, the meaning and the role of the prohibition of discrimination has been shaped by the Court's case-law. Modern Union law contains numerous provisions that prohibit discrimination in different fields and in different manners. Ultimately, all of these are part of a larger and sophisticated construct in which the statutory non-discrimination provisions are specific enunciations of general principles of equality and in which the latter find expression in the Charter of Fundamental Rights.

Following *Mangold* and *Küçükdeveci*, some writers have wondered whether 'an EU style fundamental right not to be discriminated against on grounds of age (and other grounds listed in Article 19 TFEU) [...] is but a variation of the principle of equality before the law or rather an emanation of a fundamental right to non-discrimination',¹⁰⁵ and whether now a distinction has to be made between a 'parent' equality principle and 'subsidiary' equality principles.¹⁰⁶ In the present writer's analysis, it is clear from the Court's case-law that two distinct layers of general principles of equality with different functions and, to some extent, also different meanings must be distinguished, namely the general principle of equality *tout court* and general principles of equality with a particular focus. Case-law shows that the latter are emanations of fundamental rights to non-discrimination as incorporated in Articles 21 and 23 of the Charter and that these in turn can be seen as specific expressions of the general principle of equality *tout court* enshrined in Article 20 of the Charter. In that sense, the latter indeed embodies a parent equality principle of which the general principles of equality with a particular focus are (more specific) subsidiaries.

In the present writer's opinion, the building of this layered system is one of the most fascinating aspects of the Court's case-law. At the same time, this construct raises difficult questions when it comes to its practical implications. This concerns less the main function of the general principles of equality, namely to serve as an interpretative framework and as part of the principles of judicial review,¹⁰⁷ than the additional function of filling gaps in the Union's non-discrimination law in cases of alleged discrimination. In this context, it was argued that the Court's much-debated *Mangold* line of case-law has a very special place in the Union's layered system of equality. Through it, the Court in the specific context of Directive 2000/78 has found a surprising way to operationalise the general principles that have found expression in that Directive and to give them a meaning that

(Footnote 104 continued)

Armes mich an meinem eigenen Haarzopfe, samt dem Pferde, welches ich fest zwischen meine Kniee schloß, wieder herausgezogen hätte." I wish to thank my colleague Armin Cuyvers from Leiden University for suggesting the use of this metaphor in the present context.

¹⁰⁵ Schiek 2012, p. 234.

¹⁰⁶ Semmelmann 2011, p. 246.

¹⁰⁷ McCrudden and Kountouris 2007, p. 88.

goes considerably further than the general standard of fairness and rationality that is otherwise typical for the Union's general principles of equality. In this specific context, the general principles of equality in effect embody precise, detailed and meticulously drafted rules—which is precisely what has been said not to be possible for general principles.¹⁰⁸ However, there are some first indications in the Court's case-law that it might not easily be possible to apply the *Mangold* approach in other contexts.

References

- Amadeo S (2011) In principio de egualianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo "inattivo". *Il Diritto dell'Unione Europea* 59–94
- Argalias P (2010) (Case-note on *Chatzi*). *Elliniki Epitheorisi Evropa Dikaiou* 583–587
- Barnard C (2001) The changing scope of the fundamental principle of equality? *McGill Law J* 46:955–977
- Bell M (2011) The principle of equal treatment: widening and deepening. In: Craig P, De Búrca G (eds) *The evolution of EU law*, 2nd edn. Oxford University Press, Oxford, pp 611–639
- Bengoetxea J (2010) Case-note on *Audiolux*. *Common Market Law Rev* 47:1173–1186
- Börner B (1965) Diskriminierungen und Subventionen. In: *Zehn Jahre Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Kölner Schriften zum Europarecht, Heymann, Köln, pp 215–244
- De Mol M (2011) The novel approach of the CJEU on the horizontal direct effect of the EU principle of non-discrimination: (unbridled) expansionism of EU law? *Maastricht J Eur Comp Law* (Special issue: revisiting the principle of equality: new challenges for EU law) 109–135
- Diebold NF (2011) Standards of non-discrimination in international economic law. *Int Comp Law Quart* 60:831–865
- Ellis E, Watson P (2012) *EU anti-discrimination law*. Oxford University Press, Oxford
- Fredman S (2011) *Discrimination law*, 2nd edn. Oxford University Press, Oxford
- Gerards JH (2005) *Judicial review in equal treatment cases*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden
- Holtmaat R (2009) Sexual harassment as sex discrimination: a logical step in the evolution of EU Sex Discrimination Law or a step too far? In: Bulterman M et al. (eds) *Views of European law from the Mountain. Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Kluwer Law International, Austin, pp 27–40
- Lenaerts K (1991) L'égalité de traitement de droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples. *Cahiers de droit européen* 3–41
- Lenaerts L, Gutiérrez-Fons JA (2010) The constitutional allocation of powers and general principles of EU law. *Common Market Law Rev* 47:1629–1669
- Massaro L (1976) The nationality of married women and the principle of gender equality in the European economic communities. *Columbia J Transnat Law* 15:514–537
- McCrudden C, Kountouris H (2007) Human rights and European equality law. In: Meenan H (ed) *Equality law in an enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*. Cambridge University Press, Cambridge, pp 73–116

¹⁰⁸ See Toth 2000, p. 81, who has argued that “unwritten general principles are by their very nature, entirely unsuitable to afford adequate legal protection in an area like human rights which requires precise, detailed, meticulously drafted rules”; also Wilsing and Paul 2009, p. 756 (in the context of *Audiolux*), according to whom the general principles by their very nature are different from rules for the approximation of laws, precisely because they are general principles rather than rules for specific situations.

- Mei van der A P (2009) EU-burgerschap en de reikwijdte van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, pp 275–287
- Mendes de Leon P (2010) De vulkaan in IJsland en de Sturgeon zaak uit Island leiden tot uitbarstingen. *Nederlands Juristenblad* pp 19:1218–1225
- More GC (1993) “Equal treatment” of the sexes in European Community law: what does “equal” mean? *Fem Legal Stud* 45–74
- Mucciarelli F M (2010) Equal treatment of shareholders and European Union law. Case note on the Decision “Audiolux” of the European Court of Justice. *Eur Co Fin Law Rev* 158–167
- O’Leary S (2011) Applying principles of EU social and employment law in EU staff cases. *Eur Law Rev* 36:769–797
- Pernice I (1979), Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Beruf— Soziale Grundrechtspolitik des EuGH mit neuen Akzenten. *Europarecht* 410–417
- Rastrelli G (1979) Principio di non discriminazione e principio di uguaglianza nel Trattato CEE. *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 18:90–98
- Schiek D (2007) Indirect discrimination. In: Schiek D, Waddington L, Bell M (eds) *Cases, materials and text on national, supranational and International Non-Discrimination Law*. Hart Publishing, Oxford
- Schiek D (2012) Fundamental rights jurisprudence between Member States’ prerogatives and citizens’ autonomy. In: Micklitz H-W, De Witte B (eds) *The European Court of Justice and the autonomy of the Member States*. Intersentia, Cambridge, pp 219–258
- Semmelmann C (2011) The general principles of European Union Law in the lights of the public-private distinction. In: Besson S, Levrat N (eds) *Les principes en droit européen*. Principles in European Law, Schulthess, Geneva, pp 233–255
- Steindorff E (1965) *Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes*. Walter de Gruyter, Berlin
- Streil J (1975) Grundrechtsverwirklichung am Beispiel des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, pp 321–323
- Timmermans C (1982) Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie. *Sociaal-economische wetgeving*, pp 427–460
- Tobler C (2005) Indirect discrimination. A case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law. Intersentia, Antwerp
- Tobler C (2011a) Case C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier v Conseil des ministres. *Common Market Law Rev* 48:2041–2061
- Tobler C (2011b) The impact of Non-discrimination Law in developing a general doctrine of enforcement under EU law. In: Ellis E, Benediktsdóttir K (eds) *Equality into reality: action for diversity and non-discrimination in Iceland*, University of Iceland Press, Reykjavík, pp 67–107
- Tobler C, Waaldijk C (2009) Case C-267/06 Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen. *Common Market Law Rev* 46:723–746
- Toth AG (2000) Human rights as general principles of law, in the past and the future. In: Bernitz U, Nergelius J (eds) *General principles of European Community law*. Kluwer Law International, The Hague, pp 73–92
- Tridimas T (2006) *The general principles of EU law*, 2nd edn. Oxford University Press, Oxford
- Van Gerven W (1971) Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht. *Sociaal Economische Wetgeving* 6:404–428
- Vierdag E (1973) *The concept of discrimination in International law, with special reference to human rights*. Martinus Nijhoff, The Hague
- Westen P (1982) The empty idea of equality. *Harvard Law Rev* 537–596
- Wilsing H-U, Paul CA (2009) Minderheidsaktionär, Gleichbehandlung, Pflichtangebot/”Audiolux”. *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 755–756
- Zuleeg M (1992) Betrachtungen zum Gleichheitssatz im Europäischen Gemeinschaftsrecht. In: Baur JF et al. (eds) *Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht*. Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag. Carl Heymans Verlag KG, Cologne, pp 473–483

Nationality and Third-Country Nationals

Ineta Ziemele

Abstract The article explores the understanding of EU citizenship as it has been adopted by the European Court of Justice in its case-law. This is done within a broader context which bears in mind the complex nature of the concept of nationality as founded on a special bond of allegiance to a particular State. In the article the *Rottmann*, *Ruiz Zambrano* and *Dereci* cases are taken as main examples of the relevant case-law for the broader reflection on the inherent limits of the EU citizenship as currently conceived by the EU treaties. The article observes that commentators have suggested that the principle of proportionality which emerged as applicable in matters of EU citizenship in the *Rottmann* case may also extend to the competence of States in granting nationality and thus be relevant for the whole question of third-country nationals in the EU. Serious doubts are raised in the article as to such possible reading of the *Rottmann* case. It is observed, however, that in relation to cases raising the question of the meaning of the EU citizenship the cross-border element becomes less important, while in the cases concerning third-country nationals proper this continues to be a dominant test for the enjoyment of rights unless some overarching interests, such as the best interests of the child, might be at stake. There is an apparent disequilibrium but it can be explained by the importance that continues to be attributed to national citizenships that neither the EU citizenship nor the Court have any intention to undermine. The conclusions therefore are posed in a form of a question as to the existence of a commitment in Europe to think beyond current concept of EU citizenship and to

PhD (Cantab.), Judge, Section President, the European Court of Human Rights, Professor at the Riga Graduate School of Law (Latvia).

I. Ziemele (✉)

European Court of Human Rights, Strasbourg, France

e-mail: ineta.ziemele@echr.coe.int

design a new concept which is more apt to capture political solidarity of people in Europe without challenging national citizenships.

1 Introduction

Nationality remains a complex legal notion and a social phenomenon. As Advocate General Maduro rightly noted in his opinion in the *Rottmann* case, “[t]he characteristic feature of [the] nationality relationship is that it is founded on a special bond of allegiance to the State in question and on reciprocity of rights and duties. With nationality, the State defines its people. What is at stake, through the nationality relationship, is the formation of a national body politic, and it goes without saying that a Member State is free to define the limits of that body politic by determining the persons whom it considers to be its nationals”.¹ Reflections on nationality and decisions therein are therefore by definition placed between competing ideologies and political agendas. Depending on different factors, at any given moment in time one political thought can be more influential than the other. Any analysis and discussion of the EU citizenship and the EU’s approach to third-country nationals is affected by the tension that underpins the notion of nationality and the importance that is given to it in European States.

In view of the growing impact of EU citizenship for EU citizens as well as third-country nationals in the European Union it is highly appropriate to reflect on this topic in the book commemorating the 60th anniversary of the Court of Justice of the European Union. The Court has clearly contributed to the further consolidation of the scope and content of EU citizenship and has also addressed many questions raised by the presence of third-country nationals in the territory of the EU. In this short article, I intend to briefly reflect on the relationship between EU citizenship and nationality or national citizenships and to see whether the issue of third-country nationals may have brought a new impetus into this equation. I will do so by way of some reflections on the Court’s most relevant case-law.

2 EU Citizenship and State Sovereignty in Matters of Nationality

Let me begin by noting the understanding of nationality that the Court of Justice has retained as valid in its case-law. The *Rottmann* case can be said to have broadly raised the question of the extent to which States continue to preserve

¹ Opinion of Advocate General Póitares Maduro delivered on 30 September 2009 in Case C-135/08 *Janko Rottmann v. Freistaat Bayern*, para 17.

within their exclusive domain the decision on granting and withdrawing nationality. The Court recalled the main principle according to the established case-law that it is for each Member State, having due regard to Community law, to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality.² This principle is embedded in the Court's case-law and it also stems from a rule of customary international law confirming that it is for each State to determine who its nationals are.³ However, if applied within the EU legal order, it requires that relevant rules of this legal order are taken into account. It is interesting that the facts that gave rise to the *Rottmann* case in the CJEU were rather striking. The applicant could lose both the German nationality and the Austrian nationality and become stateless as a result. Not only would this situation raise questions under international law which contains a principle concerning the avoidance of statelessness, it would also bring about the result that the applicant's EU citizenship would no longer have any effect because of the withdrawal of national citizenships. One might therefore assume that logically where a person loses EU citizenship *qua* loss of a national citizenship such circumstances come within the scope of the EU law. However, it seems equally logical to maintain that since EU citizenship is premised on national citizenships and since the latter falls within the exclusive control of States, the automatic applicability of the EU law may not be presumed. In any event, the CJEU case-law indeed has evolved carefully and has required that the cross-border criterion is met for the situation to fall within the ambit of the EU law. Advocate General Sharpston eloquently put it in her Opinion in the *Ruiz Zambrano* case: "Is Union citizenship merely the non-economic version of the same generic kind of free movement rights as have long existed for the economically active and for persons of independent means? Or does it mean something more radical [...]?"⁴

Contrary to the argument of Austria, Germany and the European Commission that the withdrawal of Dr Rottmann's German nationality is a purely internal situation and that his move from Austria to Germany cannot bring this decision within the scope of EU law, the Court in the *Rottmann* case stated that a legal situation "capable of causing him to lose the status conferred by Article 17 EC and the rights attaching thereto falls, *by reason of its nature and its consequences*, within the ambit of European Union law" and thus the Court has jurisdiction to review such a situation. It has been pointed out in scholarly writings that the Court seems to have departed from the cross-border test for the application of EU citizenship rights.⁵ Indeed, the cross-border discussion does not appear in Advocate General Maduro's analysis or the Court's judgment. AG Sharpston in the Opinion in the *Ruiz Zambrano* case observed that "[t]he Court accepted the invitation to

² See Case C-369/90 *Mario Vicente Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria* [1992] ECR I-4239, para 10; Case C-179/98 *Mesbah* [1999] ECR I-7955, para 29; and Case C-200/02 *Zhu and Chen* [2004] ECR I-9925, para 37.

³ AG Maduro Opinon, 2009, para 18.

⁴ See Opinion of Advocate General Sharpston delivered on 30 September 2010 in Case C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEM)*, para 3.

⁵ See e.g. Van Elsuwege and Kochenov 2011, pp. 443–466, at p. 444.

disregard Dr Rottmann's earlier exercise of his right to free movement (from Austria to Germany) and looked to the future, not the past. It pointed out, robustly, that even though the grant and withdrawal of nationality are matters that fall within the competence of the Member States, in situations covered by EU law the national rules concerned must nevertheless have regard to the latter".⁶

One can agree, in view of this analysis, that the cross-border test has been supplemented with a more substantive test, i.e. the assessment of the nature and consequences of a national decision for the enjoyment of the EU citizenship status and the rights attaching to it without the need to have exercised the right to free movement. It has been observed that "building on *Rottmann* [*Ruiz Zambrano* and *McCarthy* cases] offered an alternative to cross-border thinking, which is grounded in the concept of EU citizenship as such [...]."⁷ This case-law and the development of the principle of genuine enjoyment of the substance of the rights strengthen the meaning of EU citizenship as a fundamental status.

However, on the very question at issue in *Rottmann*, the Court responded that the "decision withdrawing naturalisation because of deception corresponds to a reason relating to the public interest. In this regard, it is legitimate for a Member State to wish to protect the special relationship of solidarity and good faith between it and its nationals and also the reciprocity of rights and duties, which form the bedrock of the bond of nationality."⁸ The Court took into account other relevant rules of international law which have long recognised the right of a State to withdraw nationality from a person if it was acquired by fraud. The Court went beyond the traditional approach in international law and introduced the proportionality test if national authorities were to adopt decisions leading to adverse consequences for individuals in relation to their EU citizenship status.

The *Rottmann* judgment has received a lot of attention among commentators and the views are divided. In many ways, that was to be expected in view of different perspectives on the scope and the future of the EU citizenship. Clearly, for those who advocate the emergence of an independent concept of EU citizenship as a necessary element for what could be loosely called European-level statehood, the Court's confirmation of a rather traditional outlook on nationality and sovereignty of nation-States in this area was to be seen as a disappointment. I would share, however, the view that the judgment is important precisely because it projects a certain vision of EU citizenship and shows the delicacy of interdependence between EU citizenship and nationalities and thus State discretion in matters of nationality at this stage of European integration and for some time to come.

I would rather think that the comment by Mario Savino captures that vision quite well. The author explains that "European citizenship seems prone to become

⁶ See Opinion of Advocate General Sharpston delivered on 30 September 2010 in Case C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEM)*, § 94.

⁷ Van Elsuwege and Kochenov 2011, p. 451.

⁸ See Case C-135/08, *Janko Rottman v. Freistaat Bayern* [2010] ECR I-1449, para 51.

a post-nationalist (rather than post-national) legal tool, in so far as it pushes nationality beyond nationalism. After *Rottmann*, EU citizenship not only keeps limiting the power of the state to discriminate according to nationality, as it did before, but it also begins to constrain the discretion of domestic authorities in adjudicating nationality cases”⁹. The extension of the application of proportionality test in relation to decisions on withdrawal of nationality, keeping in mind the requirement to guarantee the genuine enjoyment of EU citizen’s rights, is a rather revolutionary step on the part of the Court whether one looks through the perspective of administrative or constitutional law. This is even more evident if wide powers left to States under international law on this matter are recalled.¹⁰ After the *Rottmann* decision, as a matter of EU law not only the principle of proportionality should be complied with but also the possible prejudice to the very essence of EU citizen’s rights should be kept in mind.

Savino and others reason further that the *Rottmann* principles may apply both in relation to withdrawal of nationality and grant of nationality and thus limit State discretion when they decide whom to grant nationality. If this inference is correct, he says, that might affect the freedom of EU States in the area of integration of third-country nationals.¹¹

It is not surprising that the Court’s case-law on EU citizenship normally receives much attention. That in itself shows the continuing sensitivity that surrounds legal and jurisprudential developments that may touch upon State sovereignty in matters of nationality on the one hand, and, on the other hand, an undisputed interest that individuals within the EU have in relation to the statuses which may bring about additional rights. The *Rottmann* judgment does not dissociate EU citizenship from national citizenships. It cannot do so because it would indeed be contrary to the EU treaties. It essentially subjects decisions on withdrawal of nationality bringing about serious consequences in relation to the EU citizenship to the review of the Court of Justice. I would reiterate that it is clearly another step towards strengthening the meaning and the function of the EU citizenship.

I am not sure however whether from this follows that the Court of Justice would also recognise that the refusal to naturalise a third-country national in the EU Member State is subject to the *Rottmann* proportionality test and falls within the scope of the EU law. I have my doubts for the moment. These doubts in my view are confirmed by the Court’s understanding of nationality. It should be kept in mind that the Court sees nationality as a special relationship of solidarity and good faith between the person and the State. AG Maduro in his opinion reasoned that “for a State to withdraw its nationality obtained by fraud corresponds to a legitimate interest in satisfying itself as to the loyalty of its nationals. Indeed, to demonstrate loyalty towards the State of which he is a national is one of the duties constituting the status enjoyed by an individual as a national, and that duty

⁹ See Savino 2011, p. 2

¹⁰ See Dörr 2012, p. 497.

¹¹ See Savino 2011, p. 10.

commences from the time of acquisition of nationality”.¹² This reflection echoes elements in the theories that have attempted to define a nation and a State and that have referred to a “constant voluntary support by its members” to a nation.¹³ Even though thinking on the complex concept of nation undoubtedly evolves, in terms of regulation of nationality in domestic and international law the element of loyalty, regardless of the specific manner in which it is assessed by each country, has not disappeared.

The Court’s decision to refer to the concept of solidarity in the judgment instead of loyalty is interesting, especially if compared to the definitions available in the other international law sources. One may recall the International Court of Justice’s *Nottebohm* dicta which spoke about nationality as “a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties”.¹⁴ It seems that the term ‘solidarity’ is meant to bring about a more equal role that individuals may play in the nationality relationship as compared to what is traditionally referred to as loyalty that States reward when attributing nationality and to which AG Maduro referred.¹⁵ However, even a more egalitarian notion of solidarity is not devoid of sentiments of belonging to a certain polity or demos. In Europe, the question of belonging to a particular community has been important since it is linked to the projection of how European nations have emerged. It can be recalled that historically a French tradition of a State nation or a German tradition of a cultural nation both talked about voluntary unification of individuals into a nation.¹⁶ If such a global view is taken on nationality, the assessment of the existence of the special relationship or loyalty to a community is, in my view, different in nature from the decision to terminate already established legal relationship based on a set of criteria.

It is worthwhile to note the difference in the wording of Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights. The second part of the article states that “No one shall be arbitrarily deprived of his nationality [...]”. Evidently the first part of the article containing a general pronouncement on the right to a nationality does not contain any such element.¹⁷ This approach of the drafters also suggests that there is a difference between decisions on granting a nationality and those concerning withdrawal or deprivation of nationality. Already at the time of drafting the UDHR, the authors agreed that withdrawal of nationality should comply with the principles of lawfulness and the prohibition of arbitrariness.¹⁸ Discussion on the right to nationality, however, left States with a considerable

¹² AG Maduro Opinion, 2009, para 33.

¹³ See von Bogdandy and Häußler 2012, p. 519.

¹⁴ *Nottebohm* case, ICJ Reports 1955, p. 23.

¹⁵ It is worthwhile noting that Advocate General Maduro used the term ‘a special bond of allegiance’.

¹⁶ See von Bogdandy and Häußler 2012, p. 519.

¹⁷ For a commentary on Article 15, see Ziemele and Schram 1999, p. 301.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 302–303.

margin in evaluating the belonging of the person to body politics whichever way historically it has come about. It is true nevertheless that international law for the longest time has been trying to develop some principles that would also limit the discretion of States in matters of granting nationality. There are some principles and rules by now, especially in the field of human rights such as the prohibition of discrimination¹⁹ or the more classical international law rules prohibiting en masse or forcible naturalisation, but it would be difficult to argue that there is a right to a specific nationality that an individual could enforce as against a specific State.²⁰

It appears that the CJEU accepts the complex and important meaning of nationality of EU Member States keeping in view a more global context where societies continue to organise themselves along the concepts of State and nationality. The challenge is to see what role should the fundamental status of EU citizen play in addition to nationality as denoting a membership in a particular polity. In this respect, AG Maduro provided a most insightful analysis in the *Rottmann* case:

Union citizenship assumes nationality of a Member State but it is also a legal and political concept independent of that of nationality. Nationality of a Member State not only provides access to enjoyment of the rights conferred by Community law; it also makes us citizens of the Union. European citizenship is more than a body of rights which, in themselves, could be granted even to those who do not possess it. It presupposes the existence of a political relationship between European citizens, although it is not a relationship of belonging to a people. On the contrary, that political relationship unites the peoples of Europe. It is based on their mutual commitment to open their respective bodies politic to other European citizens and to construct a new form of civic and political allegiance on a European scale. It does not require the existence of a people, but is founded on the existence of a European political area from which rights and duties emerge. In so far as it does not imply the existence of a European people, citizenship is conceptually the product of a decoupling from nationality. As one author has observed, the radically innovative character of the concept of European citizenship lies in the fact that ‘the Union belongs to, is composed of, citizens who by definition do not share the same nationality’.

That role thus concerns the building of allegiance to European political arena and adding a new dimension to the national body politics²¹ while in no way undermining them. This is however an eminently political process in which any court would face a real challenge. From this perspective, the CJEU has in a rather remarkable manner balanced between the strengthening of the scope of EU citizenship and respecting Member State competencies in matters of nationality and immigration.

¹⁹ ECtHR *Genovese v. Malta* (Appl. no. 53124/09), judgment of 11 October 2011, paras 46–48. The Court stated that: “Nevertheless, the Court has previously stated that it cannot be ruled out that an arbitrary denial of citizenship might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such a denial on the private life of the individual.” A different regulation in relation to children born out of wedlock was considered to be contrary to the prohibition of discrimination in conjunction with the right to privacy under the Convention.

²⁰ Ziemele and Schram 1999, p. 323.

²¹ See the case-law on EU citizens’ right to enter and reside in another EU State, e.g. Case C-413/99 *Baumbast, R v. Secretary of State for the Home Department* [2003] ECR I-7091. For an excellent overview of how EU law concerning citizen’s rights has made EU States modify their immigration laws as well as laws in the fields of social rights and education, see Krüma 2012.

3 Third-Country Nationals: Family or Movement?

Immigration and integration is another area of particular sensitivity for States. However, questions of status and rights of third-country nationals are prominently on the EU's agenda. In 2011, the European Commission adopted European Agenda for the Integration of Third-Country Nationals with a view to provide some common ideas that could assist States in their integration efforts of third-country nationals.²² It is worthwhile to recall the reasons that have focused attention on the question of integration of non-EU citizens. A breakdown of the population by citizenship in 2010 showed that there were 32.4 million foreigners living in EU's 27 Member States (6.5 % of the total population). Of those, 12.3 million were EU-27 nationals living in another Member State and 20.1 million were citizens from a non-EU-27 country (4 % of the total population). Somewhat paradoxically, the right to free movement of EU citizens has not generated a particularly big intra-EU labour force movement and the classical immigration processes continue to dominate the European scene.

The Court of Justice has developed important case-law concerning third-country nationals in the EU through the perspectives of the right to family life, the rights of children and freedom of movement of EU citizens related to third-country nationals. Clearly one of the most discussed judgments over the last years has been the *Zambrano* case. The Court found that as EU citizens, Mr Zambrano's children, born in Belgium of Columbian parents, were entitled to "genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union". A refusal to grant Mr Zambrano a right of residence and a work permit in Belgium would deprive the children of any meaningful capacity to exercise this fundamental right.

In a later and equally discussed *Dereci et al.* case the five applicants had entered Austria, legally and illegally, and had established families with Austrian citizens and thus EU citizens. Austria refused to grant them residence permit and issued expulsion orders. Contrary to the facts in the *Zambrano* case, in this case no EU citizen was dependent on the applicants. Furthermore, the Court observed that "[i]ndeed, not all third-country nationals derive rights of entry into and residence in a Member State from Directive 2004/38, but only those who are family members, within the meaning of point 2 of Article 2 of that directive, of a Union citizen who has exercised his right of freedom of movement by becoming established in a Member State other than the Member State of which he is a national (*Metock and Others*, para 73)."²³ Having decided that relevant Directives do not apply because of the absence of a cross-border element, the Court examined the effect that EU citizenship as such might have on the situation at hand. It concluded

²² See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, European Agenda for the Integration of Third-Country Nationals, Brussels, 20.7.2011., COM (2011) 455.

²³ See Case C-256/11 *Dereci, Heimi, Kokollari, Maduike, Stevic v. Bundesministerium für Inneres*, Judgment of 15 November 2011, para 56.

that “European Union law and, in particular, its provisions on citizenship of the Union, must be interpreted as meaning that it does not preclude a Member State from refusing to allow a third-country national to reside on its territory, where that third-country national wishes to reside with a member of his family who is a citizen of the Union residing in the Member State of which he has nationality, who has never exercised his right to freedom of movement, provided that such refusal does not lead, for the Union citizen concerned, to the denial of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of his status as a citizen of the Union, which is a matter for the referring court to verify.”²⁴ Earlier in the judgment the Court had noted that “the mere fact that it might appear desirable to a national of a Member State, for economic reasons or in order to keep his family together in the territory of the Union, for the members of his family who do not have the nationality of a Member State to be able to reside with him in the territory of the Union, is not sufficient in itself to support the view that the Union citizen will be forced to leave Union territory if such a right is not granted.”²⁵

Looking at the two cases of *Zambrano* and *Dereci* together may raise a number of questions as to the possible incoherence in the Court’s approach. One of the criticisms that has been raised concerns the distinction that the case-law makes and the *Dereci* case confirms between the enjoyment of family life which includes third-country nationals where EU citizens exercise their freedom of movement within the EU and a much less clear picture in situations, such as in the *Dereci* case, where EU citizens have not exercised the freedom of movement. Kristīne Krūma observes that following *Zambrano* a number of commentators were concerned that the Court had extended the scope of EU human rights law even more, potentially bringing purely internal situations within the ambit of the EU law. In *Dereci* however the Court established a rather high threshold for reaching the interference with the substance of the rights of an EU citizen.²⁶ The Court stated that “[i]t follows that the criterion relating to the denial of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of European Union citizen status refers to situations in which the Union citizen has, in fact, to leave not only the territory of the Member State of which he is a national but also the territory of the Union as a whole”.²⁷ The CJEU guided the national courts as follows: “[...] in the present case, if the referring court considers, in the light of the circumstances of the disputes in the main proceedings, that the situation of the applicants in the main proceedings is covered by European Union law, it must examine whether the refusal of their right of residence undermines the right to respect for private and family life provided for in Article 7 of the Charter. On the other hand, if it takes the view that that situation is not covered by European

²⁴ Ibid., para 74.

²⁵ Ibid.

²⁶ Krūma 2012.

²⁷ Case C-256/11, para 66.

Union law, it must undertake that examination in the light of Article 8(1) of the ECHR.”²⁸

A number of points have to be made on the *Zambrano-Dereci* case-law. First, it is true that as concerns third-country nationals the cross-border test, even though severely criticised in the literature, remains crucial, as compared to the developments in relation to EU citizens proper discussed above.²⁹ Secondly, the *Zambrano* case is an exception in the sense that it really deals with the best interests of the child more than anything else.³⁰ It is therefore that I would not compare the *Zambrano* case with *Dereci*.

I would argue that, bearing in mind the Court’s references to fundamental rights and the European Convention on Human Rights, the Court of Justice requires the national courts to carry out the examination of proportionality and necessity of the interference with the family life, as the national courts are required to do anyway in order to comply with Article 8 obligations of the European Convention on Human Rights and in view of the fact that the CJEU specifically pointed out that the scope of Article 7 of the Charter is to be the same as that of Article 8 of the ECHR. The Strasbourg Court, for its part, has accepted the sovereign right of States to decide whom they admit to their territories. It has stated that where family life can be exercised outside the Convention Party’s territory, the expulsion order will not be disproportionate unless strong reasons of long-term presence, integration, age, etc., speak against the expulsion.³¹ In *Dereci* the CJEU takes the position that where an EU citizen was ‘forced’ to leave the territory of the EU as a whole, the genuine enjoyment of the substance of the rights would be at stake. The Court admits that even if a third-country national may have to leave the territory of the EU, it does not mean that the EU citizen would follow or that the rights therein would be otherwise adversely affected. It is here that the EU legal system may have an added element, as compared to the EctHR’s case-law, which evidently does not prohibit expulsion of a third-country national even if this would mean that a national of the State Party to the ECHR would have to leave the European legal space to be with the family. In this context, the EU law, as interpreted by the CJEU provides for additional guarantee and imposes an examination on national courts of the effects the expulsion decision of a third-country national will have on an EU citizen. One can say that indirectly EU citizenship clearly affects the status and rights of third-country nationals in the EU and vice versa. Both the *Zambrano* and

²⁸ *Ibid.*, para 72.

²⁹ See Case C-60/00 *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279, where ECJ found jurisdiction even though Mrs. Carpenter never exercised free movement rights and her husband left his country of nationality periodically. In Case C-127/08 *Blaise Baheten Metock et. al. v. Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2008] ECR I-6241 the ECJ allowed reunification of third-country nationals who did not exercise free movement rights with EU citizens who had exercised free movement rights.

³⁰ On application of the best interests of the child principle, see e.g. EctHR *Maslov v. Austria*, (Appl. no. 1638/03), [GC] judgment of 23 June 2008, para 82.

³¹ *Maslov v. Austria*, (Appl. no. 1638/03), [GC] judgment of 23 June 2008, paras 71–74.

Dereci cases confirm that the tendency to move away from the cross-border test and rather look into the genuine enjoyment of EU citizen's rights is a more sound approach which now is firmly on the agenda in the cases touching upon third-country nationals.

Overall, I would argue that the Court of Justice pursues what one could call an 'integrationist' approach in this category of cases. By that I mean that the Court balances the provisions on the EU citizenship in the EU treaties, the sovereign right of States to admit or not to admit foreigners onto its territory and relevant human rights obligations. In such a multidimensional legal context, the Court cannot simply pronounce that EU citizenship is a guarantee for the enjoyment of rights for all in the territory of the EU. The Court does not have a legal basis for such broad pronouncements. Nor has the Strasbourg Court in its much longer practice dealing with the right to family life complaints established such a broad reading of the scope of the relevant human right. It has always balanced it against the general interests of the public. EU citizenship brings, however, additional safeguards in the sense that whatever decision is taken in relation to a third-country national it should not lead to the denial of genuine enjoyment of EU citizens rights. Even though it has been argued that there is no logic in that third-country nationals receive more protection of their rights when an EU citizen exercises freedom of movement between EU States, I would argue that the logic of such a regulation has its historical reasons and it stems from the evolution of the EU legal order with the establishment and strengthening of the common internal market as its very purpose. It is therefore logical that the exercise of rights as part of the existence of the common internal market is accompanied with the necessary guarantees, including re-unification of families in the new place of residence. Some call the case-law of the Court cautious or gradually evolving. I would maintain that it is in line with the understanding attributed to the EU citizenship by its creators and it follows any developments in its understanding. As I pointed out in [Sect. 2](#), the EU citizenship does not intend to trump national citizenships and immigration questions are closely linked to the perceptions that each European nation has about their society. I could thus accept the argument that if the Court were to be too radical, especially in cases involving third-country nationals, it might have led to a tightening of immigration policies.³²

4 Conclusions

It has been noted above that it is seen as a paradox, that in view of the existing interpretation of the TFEU and secondary legislation, the EU citizen can claim full enjoyment of fundamental rights when exercising freedom of movement, while a static residence has raised more questions in relation to the enjoyment of EU

³² Krūma 2012.

citizens' rights. It is in this context that, like AG Sharpston, the commentators have argued in favour of recognising a free-standing right to residence with all the accompanying fundamental rights.³³ AG Sharpston nevertheless pointed out that "there are also already citizenship cases in which the element of true movement is either barely discernable or frankly non-existent" and the *Rottmann* case was discussed in detail in this article.³⁴ It can be assumed that as the value and meaning of EU citizenship develops further representing "a new form of civic and political allegiance on a European scale", the scope and meaning of 'the genuine enjoyment of the substance of rights conferred by virtue of the status as citizens of the Union' will also evolve and clarify what has so far been identified as inconsistencies in the Court's case-law.³⁵ One of the main questions to be answered concerns the relationship between a purely internal situation and the genuine enjoyment of the rights by virtue of the status of an EU citizen. Evidently, one of the more obvious approaches in this situation is to better identify the scope of EU citizens' rights so as to enable the distinction from a purely internal situation. This is precisely what the CJEU has been doing through the case-law.

Nevertheless, sooner or later the question will have to be asked whether the link to national citizenship is still a workable option. It is true what Jo Shaw has said that citizenship cases so far have not truly detracted from the status and boundaries of national citizenship and shift from complementarity to additionality seems unlikely to make a substantial difference to political trajectory of EU citizenship.³⁶ National citizenships are premised on the existence of a nation. EU and its citizenship are not premised on any particular nation. It is a supranational, political project. Making EU citizenship dependent on considerations pertinent to a very different context may have its limits and may not bring the notion very far. The question will have to be answered whether there is the required commitment to an independent EU citizenship as representing a form of political solidarity or unity among people in Europe.

In view of the obvious inbuilt limitations that surround the concept of EU citizenship and the issue of third-country nationals, as they currently stand, the CJEU has done a remarkable work in testing the limits of these boundaries.

References

- Dörr O (2012) Nationality. In: Wolfrum R (ed) *The Max Planck encyclopedia of public international law*. Oxford University Press, Oxford
- Krūma K (2012) *An ongoing challenge: EU citizenship, migrant status and nationality*. PhD Thesis, Faculty of Law of Lund University (submitted)

³³ AG Sharpston Opinion, 2010, paras 84, 101.

³⁴ *Ibid.*, para 77.

³⁵ See on this point also Van Elsuwege and Kochenov 2011, p. 452.

³⁶ Shaw 2010, pp. 10 and 21.

- Savino M (2011) EU citizenship: post-national or post-nationalist? Revisiting the Rottmann case through administrative lenses. ERPL/REDP, vol 23, no.1, spring/printemps 2011
- Shaw J (2010) Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism. EUI working papers, RCAS 2010/60. http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14396/RSCAS%202010_60.pdf?sequence=1
- Van Elsuwege P, Kochenov D (2011) On the limits of judicial intervention: EU citizenship and family reunification rights. *Eur J Migr Law* 13:443–466
- von Bogdandy A, Häußler S (2012) Nations. In: Wolfrum R (ed) *The Max Planck encyclopedia of public international law*. Oxford University Press, Oxford
- Ziemele I, Schram GG (1999) Article 15. In: Alfredsson G, Eide A (eds) *The universal declaration of human rights*. Kluwer Law International, The Hague

Revisiting the Free Movement of Goods in a Comparative Perspective

Miguel Poiares Maduro

Abstract This essay tries to offer a different perspective on free movement of goods by looking at it in comparison with its US equivalent. When reviewing State measures which affect trade, courts are both setting limits on the exercise of State powers and impacting on the degree of regulation in a market. The extent of regulatory powers that can still be exercised by States in the European Union (EU) and the United States (US) depends largely on the interpretation to be given to either the free movement provisions of the EC Treaty or the dormant commerce clause (CC) in the US. At the same time, the limits imposed by those provisions on the exercise of States' regulatory powers also affect regulation of the market. Therefore, the interpretation of those provisions implies choices regarding the division of competences between the States and the Union. But it also presupposes choices concerning the limits to State and public intervention in the market. It is this underlying tension that is often reflected in the debates surrounding the interpretation and application of these rules and which requires courts to undertake a difficult balance between conflicting legitimate goals.

Professor and Director of the Global Governance Programme, European University Institute.
Advocate General, European Court of Justice, 2003–2009.

M. P. Maduro (✉)
European Court of Justice, Luxembourg, Luxembourg
e-mail: Miguel.Maduro@EUI.eu

1 Introduction

One of the greatest sources of judicial activity and academic commentary in EU law has been the free movement of goods. Few provisions have given rise to so many cases and scholarly works. In spite of all this intellectual and judicial investment the free movement of goods continues to be one of the most debated areas of EU law. Its interpretation has also been periodically reassessed by the Court. In spite of a well developed jurisprudence, it continues to generate intense debates around core issues such as: its scope of application, the standard of proportionality, the mandatory requirements that can justify restrictions to free movement, the coherence with the approach developed in other free movement areas. This article does not ambition to put an end to such debates. Free movement of goods will continue to generate intense debates because it is at the intersection of complex and difficult choices between public regulation and market freedom on the one hand and EU and State powers on the other. What I will try to offer in this article is a different perspective on free movement of goods by looking at it in comparison with its US equivalent. This does not mean that I consider the EU and US as similar political or/and economic entities. That is not the case. I simply consider that even their differences are worth comparing in an area such as this. The reason why should be clear to the reader by the end of the article.

When reviewing State measures which affect trade, courts are both setting limits on the exercise of State powers and impacting on the degree of regulation in a market. The extent of regulatory powers that can still be exercised by States in the European Union (EU) and the United States (US) depends largely on the interpretation to be given to either the free movement provisions of the EC¹ Treaty or the dormant commerce clause (CC) in the US. At the same time, the limits imposed by those provisions on the exercise of States' regulatory powers also affect the regulation of the market.

Therefore, the interpretation of those provisions implies choices regarding the division of competences between the Member States and the Union. But it also presupposes choices concerning the limits to State and public intervention in the market. It is this underlying tension that is often reflected in the debates surrounding the interpretation and application of these rules and which requires courts to undertake a difficult balance between conflicting legitimate goals.

In spite of fundamental differences regarding the basic political, economic, legal and cultural framework in addition to a lack of common terminology,² a comparison between the rules of economic integration in the European Union and the US commerce clause may provide us with interesting insights arising from the similarities and differences which one can encounter in the approaches of the European Court of Justice (ECJ) and the Supreme Court (SC) and in the debates surrounding them.

¹ European Community (EC).

² Van Gerven 1999, pp. 1630–1644, at p. 1638.

The Treaties stipulate that the European Union activities shall include an internal market. Several rules in the Treaties are charged with the promotion of these objectives, but of paramount importance, in this regard, are the free movement provisions concerning goods, workers, services, establishment as well as capital, next to the rules on competition. As a general rule, Member States are prevented from restricting the exercise of these freedoms except where justified by a legitimate public interest recognised by the European Union. The difficulties lay in determining both what can constitute a restriction on free movement and what (and under which conditions) may justify such a restriction.

It must be added that, in addition to the promotion of economic integration through free movement rules (which is frequently referred to as “negative integration”), Articles 114 TFEU and several other “sectorial” provisions empower the European Union to adopt legislative measures at the EU level for the establishment and functioning of an internal market, also referred to as “positive integration”.³

In the US, Article I, Section 8, Clause 3 of the US Constitution (the “Commerce Clause”, CC) empowers the US Congress “[t]o regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes;” This clause confers the (exclusive) power on the Federal government to enact legislation that affects interstate commerce. Complementing this “positive” grant of power, the US Supreme Court⁴ developed the so called “dormant Commerce Clause”⁵ (DCC), prohibiting a state from passing legislation that improperly burdens interstate commerce. Thus, constitutional rules regulating State interference with interstate commerce have no textual basis in the US. Instead, they have been inferred by the judiciary from the existence of the Federal Commerce power.

As in the EU context, in the US the debate on what constitutes an undue burden on interstate commerce has been rich even if, perhaps, not as hotly disputed as that involving the “positive” commerce clause (exemplified by the recent case on the Health Care Law).

I will concentrate my analysis on a comparison between the case-law of the Court of Justice on the concept of restriction to free movement of goods and the case-law of the US Supreme Court on what constitutes an impermissible burden on interstate commerce. This will provide us with a useful insight into the roles played by both courts in promoting market integration and the elements that may determine the differences between them.

³ Article 3 (1) h) :...“the approximation of the laws of Member States to the extent required for the functioning of the common market”.

⁴ “Our system fostered by the Commerce Clause, is that every farmer and every craftsmen shall be encouraged to produce by the certainty that he will have free access to every market in the Nation.”, *H.P. Hood & Sons, Inc. v. Du Mond*, 336 US 525 (1949).

⁵ This phrase originated with a comment made by Chief Justice *Marshall* in the case of *Willson v. Bird Creek Marsh Company*, 27 US 245 (1829).

2 The Development of Concept of Restriction to Free Movement

To a certain extent, the dilemmas involved in defining the role of the free movement and interstate commerce rules have been pointed out, in the EU context, by Advocate General *Tesouro* in his Opinion in *Hünernmund*:

Is Article 34 of the Treaty [the provision which defines what constitutes a restriction to the free movement of goods and it is now Article 34] a provision intended to liberalize intra-Community trade or is it intended more generally to encourage the unhindered pursuit of commerce in individual Member States?⁶

In this sentence, the Advocate General identified a question of constitutional dimension for the interpretation of the free movement of goods: Is the purpose of this provision simply to prevent protectionist policies? Does it also aim to promote economic integration beyond protectionist concerns? Or, as some have argued, does it even aim to promote and protect a particular economic model of open markets and free competition?

In the European Union context, many tests have been proposed to determine what ought to be considered restrictions to free movement. From classic non-discrimination tests to pure balancing, passing by intensity tests (*de minimis*), tests focusing on certain categories of State measures, market access tests etc. In part, they reflect different conceptions of what is sometimes called the economic constitution of the European Union. In other part, they attempt to answer to the particular challenges that arise in the application of these rules, in particular the search for legal certainty.

Often, it is not easy, however, to identify clear differences on the impact that such different approaches may have in the review of State measures. Let us consider, for example, the adoption of a non-discrimination or anti-protectionism criterion. In order to escape the usual critiques that such a criterion can ‘too easily be circumvented by legislation which is on its face applicable to domestic and imported products alike’⁷ or be dominated by endless, and more or less esoteric, discussions of protectionist purpose and intent, anti-protectionism theories have evolved into criteria of discriminatory impact or protectionist effects. If state measures place a heavier burden on foreign nationals than they do on home nationals they are considered to be materially discriminatory and as having protectionist effects; and they should therefore be considered *prima facie* inadmissible. However, problems arise here.⁸ A higher burden imposed on imports may not

⁶ Opinion of Advocate General *Tesouro* delivered on 27 October 1993 in ECJ, Case C-292/92, [1993] ECR I-6787 *Hünernmund*.

⁷ Gormley 1989, pp. 196 f, at p. 198. Also, in: Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC, at p. 14. See also, for example, Mattered, A., *Le Marché Unique*, at pp. 191–192; Waelbroeck 1975, at pp. 27 ff.

⁸ For a critique of the protectionist effects test, see Regan 1986, pp. 1091 f, at pp. 1130 ff.

be so much a direct result of the legislation but of the different presence or forms of access of national and imported products in the market or of the existence of national legislative disparities. In this instance, non-discrimination tests become quite similar to market access tests. The latter can also easily spill over into a market freedom approach since the borderline between securing access to state markets and simply promoting access to the market is often thin and difficult to establish. This difficulty is easily exemplified by looking into a test proposed by *Wils* to interpret Article 34 (the free movement of goods). In his opinion:

The borderline between legitimate and illegitimate national [state] regulation under Article 34 should reflect the **balance between** the desire for integration, that is, **the desire to limit the influence of national governments on people's activities** throughout the Community, **and the desire for government intervention**, translated - for practical reasons or reasons of principle - into a desire for national [state] regulation.⁹

Is this a test promoting market integration or economic freedom in general?

The case-law of the ECJ, as well as that of the US Supreme Court, reflects the difficulties in finding a clear and undisputed criterion and the need to constantly refine its approach, in the light of the challenges that the cases, and the economic realities they express, bring to the Court. It will perhaps be difficult for the Court to provide lawyers and scholars with the “ideal” test they appear to assume exists. Instead, what the case-law reveals is a careful balancing of pragmatism and concerns for legal certainty while attempting, at the same time, to articulate a clearer normative foundation for these rules. In effect, more than a highly illusionary clear-cut test to determine what measures constitute free movement restrictions or an unduly burden on commerce, it is the identification of the normative concerns that dominate this area of the law that can more easily provide courts (including national courts) with the guidance necessary to decide hard cases (easy cases will, by their very nature, be easily decided under any of the tests suggested...).

I will start by summarising the approach adopted by the Court of Justice, particularly in the area of free movement of goods which, to a large extent, anticipated the approach later adopted regarding the other free movement provisions. I will put forward a thesis on the current approach of the ECJ not only to free movement of goods but to free movement in general. I will then briefly compare it with the Supreme Court and conclude by suggesting some possible explanations for the differences between them.

In its landmark *Dassonville* judgment of 1974, the ECJ made clear that also indistinctly applicable national measures were prohibited.¹⁰ The fact that it was sufficient for a measure to be “captured” by Article 34 for it to be ‘capable of hindering directly or indirectly, actually or potentially, intra-community trade’,¹¹ could potentially subject all market regulations to a strict review under the free movement of goods, since they all have by their very nature an impact on trade. In

⁹ *Wils* 1993, p. 478, emphasis added.

¹⁰ ECJ, C-8/74, [1974] ECR 837 *Dassonville*.

¹¹ ECJ, C-8/74, [1974] ECR 837 *Dassonville*, para 5.

other words, such test did not require a national measure to be protectionist or to discriminate against foreign products to be subject to review under Article 34. The approach suggested in *Dassonville* was confirmed in 1979 in the ECJ's decision in *Cassis de Dijon*, stating that obstacles resulting from disparities between national laws must be accepted only in so far as they are necessary to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer'¹² (the Court has later extended the list including other public interests such as environmental protection¹³ or the preservation of media pluralism¹⁴).

The approach adopted in *Cassis de Dijon* can either be presented as promoting market integration, independently of the existence of protectionism, or as actually remaining faithful to an anti-discrimination approach, based on the double burden imposed on imports by having to comply with a new set of rules. In fact, the legislative disparity between the French and German rules on alcoholic beverages required Cassis de Dijon producers to adapt to the German national requirements, therefore imposing on their products a double cost to which, arguably, the German domestic products would not be subject to. This remains an eternal question in the area of the free movement provisions: is the double cost to which products or persons are subject to when having to comply (and therefore adapt) to the laws of another member state a form of discrimination, since it tends to favour those which are already in that domestic market? This question is important independently of its qualification as a form of discrimination or not. It determines the borderline between what is to be treated as legislative disparities among States which must, in principle, be eliminated by the adoption of common (harmonised) legislation at the EU level, and what constitutes an unlawful exercise of a State's regulatory power because it violates the free movement rules which, in turn, is to be eliminated by the application of those rules by courts.

This difficulty was again visible in *Oosthoek's*,¹⁵ a case dealing with national rules that prohibited a certain method of sales. The Court stated that 'to compel a producer either to adopt advertising or sales promotion schemes which differ from one Member State to another or to discontinue a scheme he considers particularly effective may constitute an obstacle to imports even if the legislation in question

¹² ECJ, C-120/78, [1979] ECR 649 *REWE*, "*Cassis de Dijon*".

"Obstacles to the movement within the Community resulting from disparities between national laws... must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer."

¹³ ECJ, C-302/86 [1988] ECR, 4607 *Commission v. Denmark*, para 8.

¹⁴ ECJ, C-368/95, [1997] ECR I-3689 *Familiapress*, para 18.

¹⁵ ECJ, C-286/81 [1982] ECR 4575 *Oosthoek's*.

applies to domestic and imported products without distinction'.¹⁶ It could be argued that in this judgment the Court extended the idea of mutual recognition, advanced in *Cassis de Dijon* for rules governing the characteristics of products, to other types of measures such as those regulating sales methods: the Court refers to the burden that is imposed on foreign producers when they are forced to change the strategies and methods of marketing their products (which can be argued to be similar to that imposed on them when having to change the characteristics of these products). However, the statement that the 'obligation to discontinue a scheme he considers particularly effective' might itself be enough to constitute a restriction on free movement could be interpreted as having an even broader reach in reviewing the exercise of a State's regulatory powers.

That a measure did not need to be discriminatory or protectionist to amount to a restriction to free movement was clearly stated by the Court in *Cinéthèque*.¹⁷ The case concerned French legislation which prohibited the commercial exploitation of cinematographic works in recorded form, mainly video-cassettes, before the end of a set time-limit:

... it must be observed that such a system, if it applies without distinction to both video-cassettes manufactured in the national territory and to imported video-cassettes, does not have the purpose of regulating trade patterns; **its effect is not to favour national production as against the production of other Member States**, but to encourage cinematographic production as such.

Nevertheless, the application of such a system may create barriers to intra-Community trade [...]. In those circumstances a prohibition of exploitation laid down by such system is not compatible with the principle of free movement of goods provided for in the Treaty unless any obstacle to intra-community trade thereby created does not exceed that which is necessary in order to ensure the attainment of the objective in view and unless that objective is justified with regard to Community law'.¹⁸

3 Consequences and Limits

The outcome of these developments in the Court's case-law was that a broad set of regulatory measures became susceptible to review under Article 34. Examples included: rules on advertising and sales methods¹⁹; national health-system rules on subsidies on medical products and on pharmaceutical monopolies²⁰; price

¹⁶ ECJ, C-286/81, [1982] ECR 4575 *Oosthoek's*, para 15.

¹⁷ ECJ, C-60 and 61/84, [1985] ECR 2605 *Cinéthèque*.

¹⁸ Paragraphs 21 and 22, emphasis added.

¹⁹ See: ECJ, *Oosthoek's*, supra; C-362/88, [1990] ECR I-667 *GB-INNO*; C- 382/87, [1989] ECR 1235 *Buet* (Canvassing); Joined Cases C-1/90 and C-176/90, [1991] ECR I-4151 *Aragonesa*; and C-126/91, [1993] ECR I-2361 *Yves Rocher*.

²⁰ See ECJ, C-238/82, [1984] ECR 523 *Duphar*, and C-369/88, [1991] ECR I-1487 *Delattre*.

regulations²¹; national recycling systems²²; prohibition on Sunday trading or on employing workers on Sundays²³; public law monopolies on the approval of equipment²⁴; and the organisation of dock work.²⁵ Such measures had to be subject to a proportionality test.²⁶ Essentially, the principle of proportionality entails a consideration of the costs and benefits of a measure enacted by a Member State in the light of the different interests which Community rules deem worthy of protection.²⁷ It is for the State to demonstrate that the benefit of that measure for a public interest which is recognised as legitimate by EU law outweighs the costs arising from the restriction imposed on free movement. This involves, in fact, different sub-tests all of which are not always applied in all cases. The first is a test of suitability: the measure at issue must indeed contribute to achieving the aim pursued. In *Aragonesa*, for example, the Court held that legislation restricting the advertising of alcoholic beverages is apt to protect public health.²⁸ The second test determines if there is any alternative measure which could still protect the Member State's legitimate interests while being less restrictive of free movement. In other words, is the measure necessary or is there a less restrictive alternative?²⁹ The third test involves an even stricter form of review and it is sometimes referred to in the literature as proportionality *strictu sensu*. In this instance, the State must demonstrate that the level of protection that it adopts to pursue a legitimate public goal is actually proportional (or commensurate) to the degree of restriction imposed on the free movement. The application of this test, which does not take place in all cases, might even lead a State to have to adopt a lower level of protection of its legitimate public interests. The Court has held, for example, that Member States, when they adopt measures affecting intra-Community trade for the purpose of consumer protection, should adjust the level of protection to 'the presumed expectations of an average consumer who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect'.³⁰ The majority of the Court's decisions on proportionality, however, concentrate on the first and second tests.

²¹ See, for example, ECJ, C- 29/83, [1985] ECR I *Leclerc* (Prix du Libre).

²² See ECJ, C-302/86, [1988] ECR 4607 *Commission v Denmark*.

²³ See EJC, C-145/88, [1989] ECR 3851 *Torfaen Borough Council*, C-312/89, [1991] ECR I-991 *Conforama*, C-332/89, [1991] ECR I-1027 *Marchandise*, C-169/91, [1992] ECR I-6635 *Stoke-on-Trent*.

²⁴ ECJ, C-18/8, [1991] ECR I-5941 *RTT* (Telephone Equipment).

²⁵ ECJ, C-179/90, [1991] ECR I-5889 *Merci Convenzionali Porto di Genova*.

²⁶ Regarding further elaborations on the proportionality test see my opinion in ECJ, C-434/04 *Jan-Erik Anders Ahokainen Mati Leppik v Virallinen syyttäjä*, not yet reported, para 23 f.

²⁷ See my opinion in ECJ, C-434/04 *Jan-Erik Anders Ahokainen Mati Leppik v Virallinen syyttäjä*, not yet reported, para 23f., para 23.

²⁸ ECJ, C-1/90, [1991] ECR I- 4151 *Aragonesa de Publicidad Exterior and Publivia*, para 15.

²⁹ For a recent example see C-28/09, *Commission v Austria*, Judgment of 21 December 2011, not yet reported.

³⁰ ECJ, C-220/98, [2000] ECR I-117 *Estée Lauder*, para 27. See also ECJ, C-358/01, [2003] ECR I-13145 *Commission v Spain*, paras 53 and 58; C-99/01, [2002] ECR I-9375 *Linhart and Biffl*, para 31; C-3/99, [2000] ECR I-8749 *Ruwet*, paras 50–53.

In reality, the Court has always applied the principle of proportionality so as to leave to the States a sufficient margin to pursue legitimate public interests. In the absence of EU wide legislation in certain domains, the Court has to perform the difficult role of balancing between the need to promote market integration, which may require limits on the exercise of regulatory powers by States, and the protection of legitimate regulatory policies.

However, the adoption of a broad concept of a restriction to the free movement of goods was not without problems. The Court's approach to the free movement of goods was essential to market integration but it was increasingly liable to place a heavy burden on the resources and possibly the legitimacy of the Court. These problems were expressly mentioned by Advocate General *Van Gerven* in his Opinion in the first Sunday Trading case (involving the prohibition imposed by UK legislation on shops from opening on Sundays). Referring to the traditional approach of the Court, the Advocate General stated:

the Court will inevitably have to decide in an increasing number of cases on the reasonableness of policy decisions of Member States taken in the innumerable spheres where there is no question of direct or indirect, factual or legal discrimination against, or detriment to, imported products. The question may arise whether excessive demands would not then be put on the Court, which would be confronted with countless new mandatory requirements and grounds of justification.³¹

The decision in *Keck and Mithouard*³² has been seen as an attempt to prevent these problems. In *Keck*, the Court revisited and partially reversed its approach on the concept of a restriction to the free movement of goods. Its stated purpose was to discourage 'the increasing tendency of traders to invoke Article 34 of the Treaty as a means of challenging any rules whose effect is to limit their commercial freedom even where such rules are not aimed at products from other Member States'.³³ To this end the Court starts by reinterpreting *Cassis de Dijon* in a way that restricts its application to product-requirements (rules that regulate the characteristics of products):

It is established by the case law beginning with "*Cassis de Dijon*" that, in the absence of harmonisation of legislation, measures of equivalent effect prohibited by **Article 34 include obstacles to the free movement of goods where they are the consequence of applying rules that lay down requirements to be met by such goods** (such as requirements as to designation, form, size, weight, composition, presentation, labelling, packaging) **to goods from other Member States where they are lawfully manufactured and marketed**, even if those rules apply without distinction to all products unless their application can be justified by a public-interest objective taking precedence over the free movement of goods.³⁴

³¹ Opinion of Advocate General *Van Gerven* in ECJ, C-145/88, [1989] 3851 *Torfaen Borough Council v. B & Q*, para 25.

³² ECJ, joined Cases C-267/ and C-268/91, [1993] ECR I-6097 *Keck and Mithouard*.

³³ *Ibid.*, para 14.

³⁴ *Ibid.*, para 15, citation omitted and emphasis added.

Thus, measures laying down product requirements are submitted to the proportionality test even if they are non-discriminatory. However, the same is not the case with regard to ‘national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements’.³⁵ In the case of such measures the Court decided to reverse the interpretation given to *Dassonville* in subsequent decisions concerning national measures governing ‘selling arrangements’. It held:

... contrary to what has previously been decided, the application to products from other Member States of national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements is not such as to hinder directly or indirectly, actually or potentially, trade between Member States within the meaning of the *Dassonville* judgement, provided that those provisions apply to all affected traders operating within the national territory and **provided that they affect in the same manner, in law and in fact**, the marketing of domestic products and of those from other Member States.³⁶

In the case of measures prohibiting or restricting certain selling arrangements, it is therefore not sufficient that they may constitute an obstacle to the free movement of goods to fall under Article 34. Such measures must now discriminate ‘in law or in fact’ against imported products.

This decision has been the subject of both praises and critiques. The *Keck* test has, naturally, left some questions unanswered and also opened new ones. However, what results from *Keck and Mithouard* is that, in the view of the Court, the free movement of goods is not an adequate basis for the actions of traders wishing to ‘challenge any rules whose effect is to limit their commercial freedom even where such rules are not aimed at products from other Member States’.³⁷ EU nationals cannot draw from this provision an absolute right to economic or commercial freedom. In other words, this provision does not amount to the EU equivalent of what in the US is known as the economic due process doctrine.

4 The Current Approach

It must not be denied, however, that the opening-up of state markets imposed by the EU provisions relating to free of movement can also, in some cases, have an effect of liberalising national economies. The reason is that it is often difficult to distinguish between a measure which aims to protect state operators from external competition and a measure which protects certain operators established on the national market from all potential competition on this market. Consequently, a State measure which protects certain domestic operators from internal competition often also protects them from external competition. That explains why some

³⁵ *Ibid.*, para 16.

³⁶ *Ibid.*, para 16, citation omitted and emphasis added.

³⁷ *Ibid.*, para 14. To the same effect, see the Opinion of Advocate General *Fennelly* in ECJ, C-190/98, [2000] ECR I-493 *Graf*, paras 31 and 32.

measures deemed as restricting economic freedom in a state market can also be regarded as restricting the access of external operators to this market. This holds true for measures which, without discriminating against products, services, undertakings or workers from other Member States, protect the status quo of the state market and, therefore, make it more difficult for new economic operators to access this market. To the extent that the objectives of the internal market require not only combating discrimination based on nationality but also the opening-up of state markets to new products, services or economic operators, it is clear that their application can have a certain effect of liberalising states' economies.

This interconnection can be seen in some of the criteria used by the Court to establish the existence of a restriction on the free movement of goods after *Keck*. At least three criteria can be drawn from the existing case-law.³⁸ First, any discrimination based on nationality, whether direct or indirect, is prohibited. A good example is a publicity campaign promoting the purchase of national products.³⁹ Secondly, it is established that any state measure imposing an additional burden or supplementary costs on goods in circulation in the EU or on traders carrying out a cross-border activity creates a barrier to trade which needs to be duly justified. This, as stated above, raises the difficult issue of distinguishing such situations from costs which arise from simple disparities in the laws of the Member States. It would appear that a decisive criterion is whether that additional cost is a result of the fact that the state rules did not take into account the particular situation of the imported products and, in particular, the fact that those products already had to comply with the rules of their State of origin. As a consequence of this, it can be stated that free movement rules require more than equal treatment under national (state) laws, they require equal consideration of out of state interests by the national (state) laws. Thirdly, any measure which amounts to a barrier on access to the state market is usually considered to be a measure restricting the free movement of goods. That appears to be the case where such measure protects the acquired positions of certain economic operators on a domestic market⁴⁰ or where it makes intra-Community trade more difficult than trade within the national market.⁴¹ In *Deutscher Apothekenverband*, for example, the Court found that German legislation prohibiting the direct sales of medicine by pharmacies over the Internet had a greater impact on pharmacies established in other Member States, because 'for pharmacies not established in Germany, the Internet provides a more significant way to gain direct access to the German market'.⁴² Nevertheless, the Court held that the prohibition, despite its differential impact, could be justified as

³⁸ See my Opinion in ECJ, joined Cases C-158/04 and C-159/04, not yet reported *Trofo Super-Markets*.

³⁹ ECJ, C-249/81, [1982] ECR 4005 *Commission v. Ireland*.

⁴⁰ See, for example, ECJ, C-442/02, [2004] ECR I-8961 *Caixa Bank France* para 13.

⁴¹ See, for example, concerning the freedom to provide services, ECJ, C-70/99, [2001] ECR I-4845 *Commission v. Portugal*, paras 25–27, and C-92/01, [2003] ECR I-1291 *Stylianakis*, para 26.

⁴² ECJ, C-322/01, [2003] ECR I-14887, para 74.

proportional to the pursuit of one of the legitimate public interests recognised in Article 34 EC, but only in so far as it applied to *prescription* medicines.

This evolution in the case-law post-*Keck* to assert the existence of a restriction in cases where the national rules, even if relating to selling arrangements, amount to a barrier to market entry, seems to be recognised by the Court in the Italian “trailers case”.⁴³ There, after having restated *Keck and Mithouard*, the Court stated:

Consequently, measures adopted by a Member State the object or effect of which is to treat products coming from other Member States less favourably are to be regarded as measures having equivalent effect to quantitative restrictions on imports within the meaning of Article 34 EC, as are the measures referred to in paragraph 35 of the present judgment. Any other measure which hinders access of products originating in other Member States to the market of a Member State is also covered by that concept⁴⁴ (*emphasis added*)

The Court has recently and clearly restated this in *Ker-Optika*.⁴⁵ It follows from these criteria that the fundamental objective of the principle of free movement of goods is to ensure that producers are put in a position to benefit, in fact, from the right to carry out their activity at a cross-border level, while consumers are put in a position to access, in practice, to products from other Member States in the same conditions as domestic products. However, this embodies more than simply the promotion of trade between Member States. Free movement rules represent the cross-border dimension of the economic and social status conferred on European citizens. However, the protection of such a status requires going beyond guaranteeing that there will be no discrimination based on nationality. It imposes on Member States an obligation to take into account the effect of the measures they adopt on the position of all European Union citizens wishing to assert their rights to freedom of movement. As the Court pointed out in *Deutscher Apothekerverband*, that requires their legislation to take into consideration a broader scale than a strictly national context.⁴⁶

This is confirmed by the developments regarding other free movement provisions. The choice for an obstacle-based approach instead of a discrimination-centred approach was, perhaps at a later stage, also adopted with regard to the other free movement provisions. In *Gebhard*, for example, the Court interpreted the right of establishment as a fundamental freedom guaranteed by the Treaty and went on to state:

national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfil four conditions: they must be applied in a non-discriminatory nature; they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it.⁴⁷

⁴³ C-110/05 [2009] ECR I-519.

⁴⁴ Paragraph 37.

⁴⁵ C-108/09 *Ker-Optika*, Judgement of the Court of 2 December 2010, not yet reported.

⁴⁶ ECJ, C-322/01 [2003] I-14887 *Deutscher Apothekenverband*, paras 73 and 74.

⁴⁷ ECJ, C-55/94, [1995] ECR I-4165 *Gebhard*, para 37.

In another famous case (*Bosman*) concerning both discriminatory and non discriminatory measures adopted by the Football Associations to regulate the transfers of players, the Court made clear that similar criteria applied in the field of the free movement of workers.⁴⁸ One can say therefore that a coherent and harmonised approach has now emerged with respect to the different free movement provisions.⁴⁹

5 The Dormant Commerce Clause

It is now time to introduce the comparison with the United States. In the domain of the commerce clause the approach of the US Supreme Court has been described as more tolerant of State restrictions on commerce than the approach taken by the European Court of Justice, particularly with respect to the free movement of goods. Already in 1982 *Sandalow and Stein* discussed the view that the Court of Justice ‘adopted principles more restrictive of State power than those adopted by the Supreme Court’.⁵⁰ In their opinion, support for this thesis could be found in the case-law of those Courts but no clear conclusions could be taken. Mainly, ‘the cases [were] plainly too few in number to permit a judgement about the depth of the [Court of Justice] commitment to [...]’⁵¹ the idea that ‘the Treaty provisions expressing the free-movement-of-goods principle not only proscribe protectionism, but embody a policy of integration which supersedes state legislation that would hinder the establishment of a single, unified market’.⁵² After 1982 it can perhaps be stated with more certainty that the case law of the Court of Justice on free movement (and not simply free movement of goods) not only prevents protectionism but has promoted a broader goal of economic integration.

The US Supreme Court’s approach to the commerce clause appears, in this respect, to be more dominated by a discrimination-centred approach. As in the EU context, scholars have actively proposed a variety of different tests, including distinctions between the national and state fields of regulation, ascertaining the direct/indirect effect on interstate commerce, the balancing of the legitimate state interest with the burden on inter-state commerce or the protectionist purpose of the legislation.

The basic test adopted by the Supreme Court appears, however, remarkably similar to that developed by the Court of Justice. In what concerns the Supreme Court, the starting point of its present jurisprudence is, on its face, similar to that of the Court of Justice. The controlling test “in use” was given in *Pike v. Church*. Here the Supreme Court stated:

⁴⁸ ECJ, C-415/93, [1995] ECR 4921 *Bosman*, paras 102–104.

⁴⁹ Such harmonized and coherent approach should not be confused with the same approach. See, in this respect, mine: Maduro 2001, pp. 315–341.

⁵⁰ Stein and Sandalow 1982, at p. 25.

⁵¹ *Ibid.*, at p. 27.

⁵² *Ibid.*, at p. 26.

Where the statute regulates evenhandedly to effectuate a legitimate local public interest and its effects on interstate commerce are only incidental, it will be upheld unless the burden imposed on such commerce is clearly excessive in relation to the putative local benefits.⁵³

On its drafting, this formula is quite similar to that developed in the case law of the Court of Justice.

Both formulae attempt to set a balance between legitimate state interests and free movement. Both formulae also require a kind of proportionality test, though the requirement that the burden imposed on interstate commerce has to be clearly excessive to be unlawful appears to leave a broader margin of discretion to States.

Since the *Pike v. Church* judgment, the U.S. Supreme Court has, however, emphasised its reliance on an anti-protectionist approach when reviewing state measures. Already in *Philadelphia v. New Jersey* (1978), the Supreme Court re-proposed the *Pike v. Church* test as an anti-protectionism formula. After re-stating *Pike v. Church*, the Supreme Court concluded from it that ‘the crucial inquiry, therefore, must be directed to determining whether ch 363 is basically a protectionist measure, or whether it can fairly be viewed as a law directed to legitimate local concerns, with effects upon interstate commerce that are only incidental’.⁵⁴ Later, in *Arkansas Electric Co-op*, the Supreme Court clearly stated that the ‘most serious concern’ identified in *Pike v. Church* is economic protectionism.⁵⁵ In *Hughes v. Alexandria Scrap Corp.*, the Supreme Court further dismissed the premise that “every action by a state that has the effect of reducing in some manner the flow of goods in interstate commerce is potentially an impermissible burden”.⁵⁶ The Supreme Court has closely linked the concept of “burden on trade” to discrimination. This is visible in *Philadelphia v. New Jersey* but also in the bulk of decisions following *Pike v. Church*.⁵⁷ However, it must also be noted that the discrimination to which the Supreme Court refers to is not simply discrimination against out-of-state products or services but discrimination against interstate commerce.

In *Bendix v. Midwesco*, the Supreme Court expounded this notion. It stated:

Where the burden of a state regulation falls on interstate commerce, restricting its flow in a manner not applicable to local business and trade, there may be either a discrimination that renders the regulation invalid without more, or cause to weigh and assess the State’s putative interests against the interstate restraints to determine if the burden imposed is an unreasonable one.⁵⁸

⁵³ *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 US 137 (1970).

⁵⁴ *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 US 617, para 6.

⁵⁵ *Arkansas Electric Co-op. Corp.*, 461 US 375 (1983).

⁵⁶ *Hughes v. Alexandria Scrap Corp.* 426 US 794 (1976).

⁵⁷ See, for instance, *Hughes v. Oklahoma*, 441 US 322 (1979), at para 7; *Kassel v. Consolidated Freightways*, 450 US 662 (1981), at para IV; *Bacchus Imports, Ltd. v. Dias*, 468 US 263 (1984), at paras 6–8.

⁵⁸ *Bendix v. Midwesco*, 486 US 888 (1988), at paras 1b, 2.

The balance of the costs and benefits of State regulations is thus restricted to those regulations that restrict the flow of commerce ‘in a manner not applicable to local business and trade’. Even if this may appear more limited than the approach adopted in the case-law of the European Court of Justice, and in practice it may indeed be so, it must be noted that such a discrimination against interstate commerce might not differ much, at least in the abstract, from the double burden and market access tests referred to above.⁵⁹

Be it as it may, it is true that both the emphasis on protectionism in ascertaining a restriction on trade and the type of scrutiny to which those restrictions are then subject appear to leave a broader margin of action to the States. A comparison of the practice regarding similar regulations might appear to confirm that. It is the case, for example, in the area of product requirements, regarding legislation imposing requirements on the weight and composition of bread⁶⁰ or on the presentation of goods for consumer protection.^{61,62}

Another series of interesting cases regards the so-called *market participant doctrine* of the Supreme Court which authorises a State to directly discriminate against foreigners when it intervenes not as a regulator but in a position similar to that of another participant in the market. The doctrine developed by the Supreme Court distinguishes between cases in which a State interferes with the normal functioning of the market through prohibition or through burdensome regulation and the cases in which the State enters into the market itself.⁶³ According to the Supreme Court, ‘[n]othing in the purposes animating the Commerce Clause forbids a State, in the absence of congressional action, from participating in the market and exercising the right to favor its own citizens over others’.⁶⁴ On the basis of this theory the Court has upheld a Maryland statute through which the state favoured Maryland scrap processors in paying for the destruction of any

⁵⁹ *Collins* stresses, however, that discrimination against interstate or foreign commerce is not the same as discrimination against non-resident merchants, but, in his view, it is actually more deferent towards state legislation. See *Collins* 1988, pp. 43–129, at p. 78.

⁶⁰ Compare ECJ, [1981] ECR 527 *Kelderman*, with *Schmidinger v. City of Chicago*, 226 US 578, *Jay Burns Baking Company*, 264 US 504 and *Petersen Baking Co.* 290 US 570. Commerce clause arguments are never present in these Supreme Courts cases. Instead, the Court stresses the extent of state and municipal policy power in this area. Only in *Jay Burns Baking Company* is the state law stroke down but on the basis of the Fourteenth Amendment (this is a decision from the period of economic due process).

⁶¹ Compare *Plumley v. Massachussets*, 155 US 461, sustaining a ban on yellow margarine for consumer protection with ECJ, [1983] ECR 3961 *Walter Rau*, striking down A Belgian law imposing cube-shape packages on margarines also to protect consumers.

⁶² For more examples and references in comparing the Supreme Court and Court of Justice approaches in this area, see von Heydebrand ud. Lasa 1991, p. 391 f, at p. 396 ff.

⁶³ *Hughes v. Alexandria Scrap Corp.*, 426 US 794, at para II 1.

⁶⁴ *Ibid.*, at paras II 6, 7 (footnotes omitted). The Court further stated that the reference to Congressional action did not imply any view on whether the Congress could prohibit that kind of state action in the market.

vehicle formerly titled in Maryland.⁶⁵ Later, it again upheld on the basis of the “*market participant doctrine*” the decision of a South Dakota’s state owned cement plant to confine sale of cement to state residents.⁶⁶

In fact, the US Supreme Court has even accepted some degree of economic protectionism on the part of the States⁶⁷ since it is recognised in the context of the Commerce Clause that “[n]o one disputes that a State may enact laws pursuant to its police powers that have the purpose and effect of encouraging domestic industry”.⁶⁸

6 Lessons from the Comparison

I would like to conclude by advancing some possible explanations for these variations in the approaches of the European Court of Justice and the US Supreme Court. I believe they are particularly useful in understanding the case-law of the ECJ itself.

Firstly, it is important to recall that, in the United States, litigants and, particularly, economic operators have other rules to which they can appeal to protect their interests. That is the case, as I have mentioned, of the equal protection and the privileges and immunities clauses. But it is also the case of the due process clause (in particular, in the light of the economic due process doctrine). Instead, in the European Union, in the absence of other provisions, economic actors have sometimes, as the Court referred in *Keck*, tried to use the free movement provisions to promote their overall economic freedom. It is thus only natural for the case-law on the free movement rules to express a broader set of issues than those arising from the US commerce clause.

Secondly, one must not ignore the available institutional alternatives to the courts in EU and the US.⁶⁹ Both the market and the political process can be seen as institutions with decision-making systems that generate, interfere and adapt to free trade. The level of the integration of the American market and the internalising of a long experience by market participants therein, allow it to develop non-judicial forms of solving many obstacles to trade. Mainly, market actors have other alternatives apart from the judicial process to prevent parochial State policies; they can effectively voice their interests at the federal levels of government and they

⁶⁵ Case cited, *ibid*.

⁶⁶ *Reeves, Inc. v. Stake*, 447 US 429 (1980).

⁶⁷ *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 US 456.

⁶⁸ *Bacchus Imports Ltd. v. Dias*, 468 US 263 (1984).

⁶⁹ This is a form of comparative institutional analysis. See *Komesar, Neil K.*, *Imperfect Alternatives—Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.

benefit from the existence of a public domain of discourse corresponding to the American national market (which is not the case in the European Union).

Moreover, the role of the Supreme Court with regard to market integration has an important institutional alternative in the federal levels of government (such as the Congress). Congress can more effectively intervene to promote economic integration than the EU legislative process. In the EU, the difficulties with the promotion of economic integration via the EU legislator (because of the complex and difficult decision-making rules) have often placed on the Court the burden of having to balance between a State's legitimate interests and the EU interest on market integration. It must not be forgotten that the dormant commerce clause is, in fact, a by-product of the attribution of power to regulate commerce to the Congress. In fact, in the United States Congress can even derogate from the dormant commerce clause, imposing restrictions that would be unlawful if adopted by a State. We are thus facing the paradox of a "constitutional" norm that can be "amended" by a statute. In the EU, to the contrary, it is the free movement provisions that were given the leading role in the promotion of economic integration having a status that can be defined as having a constitutional nature.

Thirdly, the economic and cultural context of the United States may actually allow for a higher degree of deference towards States' interference with trade. Market integration has reached a "point of no return" in the United States. A common regulatory tradition has emerged in parallel with the higher degree of market and political integration. When regulatory differences arise they are mainly the expression of opposing ideological strategies or due to innovation and experimentation with new forms of regulation. The dominant logic is that of the federal market. Market agents have learnt to operate within both federal and state rules and to incorporate its costs and advantages (such as the existence of diverse forums to push for more favourable policies). In the words of one author, 'the American experience suggests that an integrated market is not incompatible with a wide variety of state and local regulatory standards'.⁷⁰ According to *Holmes* the direct cost to firms of non-tariff barriers (including different standards and regulations) is actually quite modest and the full dynamic of market integration depends more on a change in corporate strategy and mentality.⁷¹ But that is so when other costs are virtually inexistent. In the European Union, there are still large potential costs imposed on the exercise of free movement arising from language, cultural, social and administrative barriers. In a context of this type, other potential restrictions acquire a much greater importance. Whereas in the EU context the ECJ's role is still essential to guarantee market integration, in the US such an integrated market is already well established and the role of the Supreme Court is more focused on the allocation of regulatory competences within that market.

It is also the American economic context and its regulatory traditions that may explain the higher apparent tolerance towards States' participation in the market to

⁷⁰ Vogel 1991, at p. 4.

⁷¹ Holmes 1991, p. 27 at p. 27.

favour domestic companies. This may not constitute a problem in a context where the federal budget is actually more important than state budgets and where practices of state aids to companies have been limited. However, as the recent *Cuno* case⁷² demonstrates, once the risk arises of a multiplication of behaviours of that type both the Supreme Court and the Congress are called in to intervene.

These possible justifications for the different degrees of scrutiny at play in the free movement rules and the commerce clause review of state measures highlight that, more than a consequence of different judicial philosophies or even constitutional approaches, they are probably the product of the different legal, institutional, economic and social contexts in which the US Supreme Court and the European Court of Justice operate. At the same time, this comparison also highlights remarkable similarities regarding the issues that arise in this context. That is the case with regard to the choices to be made between the competing values of economic protectionism, market integration and even economic freedom.

The comparison with the case-law of the US Supreme Court is particularly interesting to highlight the extent to which the, apparently, stricter approach of the ECJ in the review of State restrictions on trade cannot be seen as intended to promote deeper market integration than in the US but, instead, as a consequence of the lower level of economic and political integration we have still in the EU.

References

- Collins RB (1988) Economic Union as a constitutional value. *NY Univ Law Rev* 63:43–129
- Gormley LW (1989) Actually or potentially, directly or indirectly? Obstacles to the free movement of goods. *Yb Eur Law* 9:197
- Gormley LW (1985) Prohibiting restrictions on trade within the EEC. Elsevier Science Ltd, Kidlington
- Holmes P (1991) Non-tariff barriers. In: McKenzie G, Venables A (eds) *The economics of the Single European Act*. MacMillan, London
- Maduro MP (2001) Harmony and dissonance in free movement. *Cambridge Yb Eur Legal Stud* 4:315–341
- Mattera A (1990) *Le marché unique européen: ses règles, son fonctionnement*, 2nd edn. Editions Jupiter, Paris
- Regan DH (1986) The Supreme Court and state protectionism: making sense of the dormant commerce clause. *Mich Law Rev* 84:1091
- Stein E, Sandalow T (1982) *Courts and free markets, perspectives from the United States and Europe*, vol I. Clarendon, Oxford
- Van Gerven W (1999) Constitutional aspects of the European Court's case law on articles 30 and 36 EC as compared with the U.S. dormant commerce clause. In: *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, vol II, Bruylant Bruxelles
- Vogel D (1991) Protective regulation and protectionism in the European Community: the creation of a common market for food and beverages. In: Paper prepared for the biennial conference of the European Community Studies Association, George Mason University, Virginia, May 1991

⁷² US Supreme Court, *Daimler Chrysler Company et al. v. Cuno et al.*, a case that the Supreme Court ended up declining.

- von Heydebrand ud. Lasa H-C (1991) Free movement of foodstuffs, consumer protection and food standards in the European Community: has the court of justice got it wrong? *Eur Law Rev* 16:391
- Waelbroeck M (1975) *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles
- Wils WPJ (1993) The search for the rule in Article 30 EEC: much ado about nothing. *Eur Law Rev* 475:478

Citizenship of the Union and the Area of Justice: (Almost) The Court's Moment of Glory

Catherine Barnard

Abstract The Court's contribution to EU citizenship has not been to articulate some new theory of citizenship but rather to help make EU citizenship a meaningful idea to (migrant) individuals by extending its human rights jurisprudence and marrying it to the concept of EU citizenship in a way that the Maastricht Treaty failed to do. The Court's approach has been by stealth: it laid the groundwork in cases involving equal treatment before extending the embrace of citizenship to other, more controversial rights (family life, dignity and identity). However, the Court has put down some clear lines as to the areas in which it is not prepared to allow the creative force of EU citizenship to go, including access to justice against the EU institutions and remoulding political and social structures of the state. The Court, by its very nature, faces limitations on what it can deliver in terms of developing a fully-rounded notion of EU citizenship but in the domain in which it has chosen to act—protecting individual rights—it has proved rather successful.

'Fundamental rights have thus become a core element in the development of the Union as a process of economic, legal and social integration aimed at providing peace and prosperity to all its citizens.'

AG Sharpston in *Ruiz Zambrano*¹

Professor of EU Law and Employment Law, University of Cambridge, and fellow of Trinity College.

¹ Case C-34/09 *Ruiz-Zambrano* [2011] ECR I-000, para 154.

C. Barnard (✉)
Trinity College, Cambridge, United Kingdom
e-mail: csb24@cam.ac.uk

'[T]he concept of citizenship, which entails a *legal status for individuals*, means that the Member States must pay *particular attention to individual legal situations*. The fundamental rights play a vital role in the performance of that task. As an integral part of the status of citizenship, the fundamental rights strengthen the legal position of the individual by introducing a decisive aspect for the purposes of substantive justice in the case concerned. Holding their fundamental rights as prerogatives of freedom, citizens of the Union afford their claims greater legitimacy. Moreover, in some cases, where a fundamental right is not at stake but a clear injustice has been committed, a stringent review of proportionality may be carried out.'

AG Ruiz-Jarabo Colomer in *Petersen*²

1 Introduction

Despite the fanfare with which citizenship of the Union was introduced into the Maastricht Treaty, the reality suggested that it was something of a damp squib, a glorified version of the four freedoms but rebranded. Contrast Article 20(1) TFEU's laconic 'Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union' with the Fourteenth amendment to the US Constitution³:

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

EU citizens benefit from the right to move and reside freely, the right to petition the European Parliament and the ombudsman and to seek consular assistance in third countries—significant rights but hardly likely to inspire the EU population to rise up and celebrate the European Union project. Meanwhile, in the US, being a citizen is expressly connected with fundamental civil and political rights. In the EU reference to fundamental rights was hived off to another part of the Treaty.⁴

Yet quietly in the fairyland that is the Duchy of Luxembourg,⁵ the Court has been fashioning a ploughshare into a sword,⁶ giving shape and meaning to the

² Case C-228/07 *Petersen v Arbeitsmarktservice Niederösterreich* [2008] ECR I-6989, para 27, emphasis in the original.

³ This was adopted in 1868 to overrule the Supreme Court's decision in *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. (19 How.) 393 (1856)) that blacks could not be citizens of the US. The Fourteenth Amendment was cited by AG Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-228/07 *Petersen* [2008] ECR I-6989, para 30.

⁴ Article 6 EU.

⁵ Stein 1981.

⁶ Adapting the words of the Book of Isaiah: 'They will beat their swords into plowshares and their spears into pruning hooks. Nation will not take up sword against nation, nor will they train for war anymore.'—Isaiah 2:4.

concept of Union citizenship. It has faced an uphill task: as the copious literature on citizenship has demonstrated,⁷ the very concept of EU citizenship is contested. What is it and what should it be? Does it/should it replace or merely complement citizenship at national level?⁸ Is this, in fact, the wrong question? Should EU citizenship be aspiring to do something different, recognising the transnational, multi-level context that is the EU? Where do legally resident TCNs fit into this scheme? And if EU citizenship is special, to what extent can the familiar indices of citizenship at state level be used to judge EU citizenship?⁹

These questions go to the heart of the debate about constitutionalism and the EU: if it has a body of citizens, does this mean that the EU is emerging as some sort of federal state? When the Maastricht Treaty was signed in 1992 the answer to this question might have been yes: at the same time that nationals of a Member State became EU citizens, the single currency was established, and the pillars on common foreign and security policy and justice and home affairs were adopted. However, the notion of EU citizenship was imposed from above on what proved to be a somewhat reluctant population (as the regular ‘no’ votes in subsequent referenda made clear). EU citizenship did not match ideas of citizenship formed at national level, not least because EU citizenship was not obviously combined with a catalogue of fundamental rights.

Lawyers, at least, looked to the Court to take a lead in putting some substance into this rather empty vessel. In the past the Court had stepped into make key pillars of the EU legal order effective.¹⁰ Could it not do the same for EU citizenship? This put the Court in a difficult position: while fashioning principles of direct effect and supremacy were radical at the time, they were compatible with the legal task of creating an operational quasi-federal system. However, trying to create some notion of EU citizenship which would be meaningful to lawyers and political scientists alike would have exceeded the judicial function since citizenship involves elements not only of rights and duties, but also nations of membership and participation.¹¹ So the Court focused on the one element of this triad that was compatible with its judicial role: rights creation and recognition.

And this is the thesis of this chapter: the Court’s contribution to EU citizenship has not been to articulate some new theory of citizenship but rather to help make EU citizenship a meaningful concept to (migrant) individuals by extending its human rights jurisprudence and marrying it to the concept of EU citizenship in a way that the Maastricht Treaty had failed to do. This was both a sensible and strategic decision: sensible because the Court already had an extensive jurisprudence on human rights which could be harnessed to the cause of EU citizenship¹²;

⁷ For a helpful overview, see Shaw 2012.

⁸ See now Article 20(1) TFEU.

⁹ See e.g. the classic work by Marshall 1950.

¹⁰ For the seminal description, see Weiler 1991.

¹¹ Held 1991, p. 20.

¹² Stone Sweet 2010, p. 143.

strategic because the Court's case-law on human rights has generally commanded popular support from both commentators and national courts.¹³

The Court's conversion to EU citizenship did not happen overnight.¹⁴ At first, it was hesitant about embracing the implications of EU citizenship. In *Bickel and Franz*¹⁵ and *Bosman*¹⁶ the Court made fleeting reference to the term 'citizenship' but only to buttress its rulings on the four freedoms. This precipitated the criticism that the Court's objective was merely to further a form of market citizenship¹⁷ and not a fuller, more rounded version of citizenship. However, under pressure from the Advocates General,¹⁸ the Court changed its mind: *Martinez Sala*¹⁹ in 1998 provided a foretaste of something new, and that was confirmed in *Grzelczyk*²⁰ in 2001 where the Court famously declared that:

Union citizenship is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States, enabling those who find themselves in the same situation to enjoy the same treatment in law irrespective of their nationality, subject to such exceptions as are expressly provided for.²¹

Every year since then there has been at least one, and often two or three, major citizenship cases which now grace the pages of every law book and student essay—from *Baumbast*²² and *Carpenter*²³ (2002), *Garcia Avello*²⁴ and *Collins*²⁵ (2003), *Chen*²⁶ and *Trojani*²⁷ (2004) right up to *Ruiz-Zambrano* in 2011—cases

¹³ Cf Coppel and O'Neill 1992.

¹⁴ For a full description, see Sharpston 2012.

¹⁵ Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] ECR I-7637.

¹⁶ Case C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-4921.

¹⁷ Everson 1995; cf NicShuibhne 2010.

¹⁸ Closa Montero 2010, p. 395.

¹⁹ Case C-85/96 [1998] ECR I-2691.

²⁰ Case C-184/99 [2001] ECR I-6193.

²¹ See also La Pergola AG in Case C-85/96 *Martinez Sala* [1998] ECR I-2691, para 20., who said the introduction of Union citizenship creates a new status for the individual, 'a new individual legal standing in addition to that already provided for', and Article 21 attaches to that new status the right to move and reside freely. AG Sharpston described this description of citizenship in *Gryzelczyk* 'as being potentially of similar significance to its seminal statement in *Van Gend en Loos* that "the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the States have limited their sovereign rights ... and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals"' (Case C-34/09 *Ruiz-Zambrano* [2011] ECR I-000, para 68.

²² Case C-413/99 *Baumbast and R* [2002] ECR I-7091.

²³ Case C-60/00 *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department* [2002] ECR I-6279.

²⁴ Case C-148/02 *Carlos Garcia Avello v. Etat Belge* [2003] ECR I-11613.

²⁵ Case C-138/02 *Collins v. Secretary of State for Work and Pensions* [2003] ECR I-2703.

²⁶ Case C-200/02 *Chen v. Secretary of State for the Home Department* [2004] ECR I-9925.

²⁷ Case C-456/02 *Trojani v. CPAS* [2004] ECR I-7573.

which have generally expanded the fundamental rights of the individual against the home and, more usually, the host state.

And these rights are broad: not only has the Court ensured free movement rights for EU citizens and their family members²⁸ but it has also guaranteed those migrants equal treatment once in the host state (as *Grzelczyk* expressly said²⁹), and rights to a family life, to dignity and to an identity. Some of this has been justified by reference to Article 20(2) TFEU: ‘Citizens of the Union shall enjoy the rights and be subject to the duties provided for in the Treaties’. Article 20(2) TFEU therefore provides the bridge for access to the principle of non-discrimination on the ground of nationality laid down in Article 18(1) TFEU (and to the Charter rights post 2009). But this does not explain the linking of EU citizenship to other human rights such as family life. The advent of the Charter in 2000 (a year before *Grzelczyk*) must surely have played some part in legitimising the Court’s determination first, to connect citizenship with fundamental rights,³⁰ and then to broaden the rights that citizens can enjoy. The preamble to the Charter established the framework:

Conscious of its spiritual and moral heritage, the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law. It places the individual at the heart of its activities, by establishing the citizenship of the Union and by creating an area of freedom, security and justice.

The Court’s approach to what has been a radical injection of substance into the concept of citizenship has been by stealth. It laid the groundwork in cases involving equal treatment, an area in which it has long felt confident, before extending the embrace of citizenship to other, more controversial rights (family life, dignity and identity). Furthermore, while the majority of cases concern transnational situations—again safe(r) territory for the Court—*Rottman*³¹ and *Ruiz-Zambrano*³² suggest that even this may no longer be necessary. This chapter will trace this evolution and will also highlight how the Court has used human rights techniques to embed those rights more firmly into the EU legal order (Sect. 2).

However, there are limits to this development, limits which the Court has consciously embraced: it has not been willing to allow citizenship principles to undermine constitutional structures of the Member States and the EU. These

²⁸ See e.g. Case C-413/99 *Baumbast and R* [2002] ECR I-7091; Case C-291/05 *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie v. R. N. G. Eind* [2007] ECR I-10719.

²⁹ The link between EU citizenship and non-discrimination is now made express by the heading of Part Two of the TFEU: ‘Non-discrimination and Citizenship of the Union’

³⁰ See also Article 2 EU where one of the objectives of the Union is ‘to strengthen the protection of rights and interests of the nationals of its Member States through the introduction of citizenship of the Union’.

³¹ Case C-135/08 *Rottmann v. Freistaat Bayern* [2010] ECR I-000.

³² Case C034/09 *Ruiz-Zambrano v. ONEm* [2011] ECR I-000.

limitations on the reach of EU citizenship will be considered in [Sect. 3. Section 4](#) concludes.

2 The Evolution of a Human Rights Dimension to Citizenship

2.1 *Citizenship and Equal Treatment*

The Treaties and the case-law have long recognised the link between the economic free movement provisions and non-discrimination on the grounds of nationality. The proto-citizenship case-law was also rooted in equal treatment³³ and it came as no surprise that the early citizenship cases should reinforce the link between citizenship and non-discrimination on the grounds of nationality.³⁴ The seminal decision in *Grzelczyk* is a case in point. *Grzelczyk*, a French national studying at a Belgian university, supported himself financially for the first three years of his studies but then applied for the *minimex* (the Belgium minimum income guarantee) at the start of his fourth and final year. While Belgian students could receive the benefit, migrant students could not,³⁵ and so *Grzelczyk* suffered (direct) discrimination contrary to Article 18 TFEU.³⁶ The Court said that because *Grzelczyk*, a citizen of the Union, was lawfully resident in Belgium he could rely on Article 18 TFEU in respect of those situations which fell within the material scope of the Treaty,³⁷ including those situations involving ‘the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty and those involving the exercise of the right to move and reside freely in another Member State, as conferred by Article [21(1)] of the Treaty’.³⁸

The question was then raised whether the fact that he had applied for the *minimex* meant that he no longer satisfied the requirements in the Students’ Directive 93/96 (now Article 7(1)(c) of Directive 2004/38) of having sufficient resources³⁹ and so his residence permit could be withdrawn. The Court said that the Belgian authorities had to provide some temporary support to the migrant citizen, as they would to nationals, given that there exists ‘a certain degree of

³³ See e.g. Case C-186/87 *Cowan v. Trésor public* [1989] ECR I-000. La Pergola AG developed this link in his influential opinion in Case C-85/96 *Martínez Sala* [1998] ECR I-2691, para 23.

³⁴ Later cases moved away from their sole focus on non-discrimination on the grounds of nationality to prohibiting other types of discrimination (e.g. for having exercised the right of free movement in Case C-224/98 *D’Hoop* [2002] ECR I-6191) and even to removing restrictions on free movement: see e.g. Case C-224/02 *Pusa* [2004] ECR I-5774; Case C-406/04 *De Cuyper* [2006] ECR I-6971 considered further by Timmermans 2010.

³⁵ Paragraph 29.

³⁶ Paragraph 30.

³⁷ Paragraph 32.

³⁸ Paragraph 33, citing Case C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] ECR I-7637.

³⁹ This question is considered further in Chap. 13.

financial solidarity' between nationals of a host Member State and nationals of other Member States,⁴⁰ but only for so long as they do not become an unreasonable burden on public finances. Therefore, the right to equal treatment prevailed.⁴¹

The Court's reasoning in *Grzelczyk* is interesting. It uses citizenship as the bridge between the free movement rights and the principle of equal treatment. Having arrived at the point of equal treatment, the reasoning then follows standard human rights analysis: the starting point is with the right (to equal treatment); exceptions to the right (the need to have adequate resources) have to be narrowly construed. Usually this means that a Member State justification must be read subject to the proportionality principle. Unusually, the Court did not discuss proportionality in *Grzelczyk* (although I think it is implicit—it would be disproportionate to deport a migrant student three quarters of the way through his studies) but the Court has required it in subsequent cases such as *Baumbast*, where the Court said⁴²:

...those limitations and conditions must be applied in compliance with the limits imposed by Community law and in accordance with the general principles of that law, in particular the principle of proportionality. That means that national measures adopted on that subject must be necessary and appropriate to attain the objective pursued.

Instead of discussing proportionality, the Court in *Grzelczyk* prayed in aid the principle of solidarity.⁴³ It is perhaps no coincidence that Chapter IV of the (then) newly adopted Charter on Fundamental Rights is entitled 'Solidarity'. Article 34(2) of the Charter says that 'Everyone residing and moving legally within the European Union is entitled to social security benefits and social advantages in accordance with Union law and national law and practices'; and Union law requires equal treatment. However, by using the solidarity principle to justify applying equal treatment to the migrant student, the Court stepped outside its rights-based comfort zone and into the domain of citizenship-building (from above—the very thing that the Maastricht Treaty unsuccessfully tried to do). This has proved potentially divisive.⁴⁴ It is not at all clear that, say, British taxpayers do feel a sense of solidarity with impecunious Poles or Latvians living in the UK.

The Court has shown a marked reluctance to use solidarity language since, perhaps because it makes explicit what has long been implicit: the Court's decisions on the application of equal treatment affect the allocation of public goods not within the EU itself but within other Member States upon whom the burden of most of the citizenship case-law falls.⁴⁵ Moreover, as José Menéndez points out (2010, p.389), the citizenship case-law has strengthened the power of mobile (and often better off) workers to the detriment of immobile (and generally worse off) workers, thus 'undermining the effective power of democratic decision-making processes'.

⁴⁰ Paragraph 44.

⁴¹ For discussion see Dougan and Spaventa 2003.

⁴² Paragraph 91.

⁴³ See further the essays in Ross and Borgmann-Prebil 2010.

⁴⁴ Barnard 2005.

⁴⁵ See further Newdick 2008.

2.2 Citizenship and Protecting the Family Unit

While the link between citizenship and equality is perhaps the least surprising aspect of the citizenship rights revolution, more remarkable is the evolving link between citizenship and the enjoyment of family life *in the country of the family's choosing*. *Carpenter*, while decided under Article 56 TFEU on free movement of services and not under Article 21 TFEU, provided an early indication of the Court's position.⁴⁶ There the Court ruled that the UK's decision to deport Mrs Carpenter, a TCN married to an EU citizen and living in the UK, constituted an 'interference with the exercise by Mr Carpenter of his right to respect for his family life within the meaning of Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ... which is among the fundamental rights which, according to the Court's settled case-law, restated by the Preamble to the Single European Act and by Article 6(2) EU, are protected in [Union] law'.⁴⁷ The bridge to the human rights argument was made via the derogations: the UK tried to justify deporting Mrs Carpenter on the grounds of public policy (she had overstayed her visa); derogations can only be justified if the national measure is 'compatible with the fundamental rights whose observance the Court ensures'.⁴⁸

The Court's position on the need to protect the family unit was more fully developed in the citizenship context in *Baumbast* and again in *Chen*⁴⁹ where the Court ruled that a baby, born to Chinese parents in Northern Ireland (thereby giving the baby the nationality of the Republic of Ireland), enjoyed the rights of Union citizenship. She therefore benefitted from the right to reside in the UK under Article 21(1) TFEU, subject to the limitations and conditions laid down by the Person of Independent Means Directive 90/364 (now Article 7(1)(b) of the CRD 2004/38), which had to be interpreted narrowly. Further, in order to be able to enjoy those rights, her (Chinese) mother had to be able to reside with her in the UK too.

In these cases there had been (some) movement of the EU citizen from one Member State to another. In *Ruiz Zambrano* the Court took the further step of protecting the family unit in the state of choice even where the prime right holder had not moved within the EU. The case concerned the decision to deport Mr Ruiz Zambrano, a Columbian national, from Belgium where he was an unsuccessful asylum seeker. His deportation would have meant that his young Belgian national children would also have to return with him to (dangerous) Columbia. The Court ruled that in these circumstances, 'Article 20 TFEU precludes national measures which have the effect of depriving citizens of the Union of the genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union'.⁵⁰ Although no reference is made to human rights (despite the fact that

⁴⁶ Case C-109/01 *Akrich* [2003] ECR I-9607, paras 58 and 59 (where *Carpenter* was cited).

⁴⁷ Paragraph 41.

⁴⁸ Paragraph 40.

⁴⁹ Case C-200/02 *Chen v. Secretary of State for the Home Department* [2004] ECR I-9925.

⁵⁰ Paragraph 42.

much of the Advocate General's opinion is devoted to the subject), the Court ensured that the father could stay in Belgium to look after those children ('A refusal to grant a right of residence to a third-country national [Mr Ruiz Zambrano] with dependent minor children in the Member State [Belgium] where those children are nationals and reside, and also a refusal to grant such a person a work permit, has [the effect of depriving the children of enjoyment of the substance of those rights as a citizen]⁵¹) and be given a work permit so that he can work to support his family.⁵²

This decision was greeted with brickbats (largely by the Member States) and bouquets (largely from immigration lawyers) in equal measure. Since then, there has been signs of retrenchment in cases such as *McCarthy*⁵³ and *Dereci*⁵⁴ where vulnerable EU citizen children were not involved and the citizen was not being forced to leave the territory of the EU.⁵⁵ However, even in *Dereci* the Court tried to protect the family unit on the grounds of fundamental rights, possibly even exceeding its jurisdiction⁵⁶:

Thus, in the present case, if the referring court considers, in the light of the circumstances of the disputes in the main proceedings, that the situation of the applicants in the main proceedings is covered by European Union law, it must examine whether the refusal of their right of residence undermines the right to respect for private and family life provided for in Article 7 of the Charter. On the other hand, if it takes the view that that situation is not covered by European Union law, it must undertake that examination in the light of Article 8(1) of the ECHR.

2.3 *Citizenship, Identity and Integrity*

Having established the link between citizenship and family life, it did not require too much skilful footwork for the Court to recognise rights in the related areas of identity and integrity.⁵⁷ The link between citizenship and identity and integrity can be seen through two examples: the family name cases and the situation of loss of nationality.

The link between citizenship and identity was first articulated by Advocate General Jacobs in *Konstantinidis*.⁵⁸ Konstantinidis, a Greek national, worked in

⁵¹ Paragraph 43.

⁵² Paragraph 44.

⁵³ Case C-434/09 *McCarthy v Secretary of State for the Home Department* [2011] ECR I-000.

⁵⁴ Case C-256/11 *Dereci v Bundesministerium für Inneres* [2011] ECR I-000.

⁵⁵ For strong criticism, see NicShuibhne 2012.

⁵⁶ Paragraph 72, a point discussed in NicShuibhne 2012. See also Case C-109/01 *Secretary of State for the Home Department v. Akrich* [2001] ECR I-9607; Case C-127/08 *Metock* [2008] ECR I-6241, para 62.

⁵⁷ See also Article 3(1) of the Charter which contains the strong statement that 'Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity'.

⁵⁸ Case C-168/91 *Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig* [1993] ECR I-1191.

Germany as a self-employed masseur. Although his name was entered into the marriage register as *Konstadinidis*, he argued that the correct transcription of his name from the Greek should have been *Konstantinidis*. He sought to have the register corrected because, he said, the distortion of his name could cause potential clients to confuse him with other masseurs, and this interfered with his business contrary to Article 49 TFEU. The Court agreed. However, of more interest for our purposes are the views of Advocate General Jacobs. He said:

A person's right to his name is fundamental in every sense of the word. After all, where are we without our name? It is our name that distinguishes each of us from the rest of humanity. It is our name that gives us a sense of identity, dignity and self-esteem. To strip a person of his rightful name is the ultimate degradation, as is evidenced by the common practice of repressive penal regimes which consists in substituting a number for a prisoner's name.⁵⁹

He continued that an EU national who goes to another Member State as a worker or a self-employed person was entitled not just to pursue his trade or profession and to enjoy the same living and working conditions as nationals of the host state but also to assume that

wherever he goes to earn a living in the European [Union], he will be treated in accordance with a common code of fundamental values, in particular those laid down in accordance with the European Convention on Human Rights. In other words, he is entitled to say 'civis europeus sum' [I am a European citizen] and to invoke the status in order to oppose any violation of his fundamental rights.⁶⁰

Similar sentiments may have inspired the Court in *Garcia Avello*.⁶¹ Carlos Garcia Avello, a Spanish national, married Isabelle Weber, a Belgian national, and they lived together in Belgium. They had two children, dual nationals, who were given their father's surname (*Garcia Avello*). He then applied to the Belgian authorities to have the children's surnames changed to *Garcia Weber*, reflecting the Spanish pattern for surnames. While Belgian law did permit a change of surname when serious grounds were given, the Belgian authorities did not apply this exception to *Garcia Avello* because usually 'children bear their father's surname'.

The Court confirmed that the citizenship provisions applied to this case: since Mr Garcia Avello's children held the nationality of two Member States they enjoyed the status of citizen of the Union.⁶² This meant that they enjoyed equal treatment with nationals of the host state in respect of situations falling within the material scope of the Treaty, in particular those involving the freedom to move and reside in the territory of the Member States.⁶³ Therefore the children could not suffer discrimination on the ground of nationality in respect of their surname.

⁵⁹ Paragraph 40.

⁶⁰ Paragraph 46.

⁶¹ Case C-148/02 *Carlos Garcia Avello v. Etat Belge* [2003] ECR I-11613, noted by T. Ackermann (2007) 44 *CMLRev.* 141.

⁶² Paragraph 21.

⁶³ Paragraph 24.

Because the Garcia Avello children, holding both Spanish and Belgian nationality, were in a different situation from Belgian nationals holding just one (Belgian) nationality,⁶⁴ they had a 'right to be treated in a manner different to that in which persons having only Belgian nationality are treated, unless the treatment in issue can be justified on objective grounds'.⁶⁵ Since the Court rejected the justifications put forward by the Belgian government (the immutability of surnames as a founding principle of the social order and integration of nationals from other Member States) the Court concluded that Articles 18 TFEU and 20 TFEU precluded the Belgian authorities from refusing a name change to the Garcia Avello children.⁶⁶

Unlike Advocate General Jacobs in *Konstantinidis*, the Court in *Garcia-Avello* did not refer to human rights and kept its decision rooted in the more familiar grounds of discrimination, albeit the more unusual case of discrimination occurring where different situations are treated in the same way. However, the result of the ruling has been to preserve the identity of the children under the name which they chose to go by: Garcia Avello. Likewise, in the more sensitive case of *Rottmann* the Court strained all sinews to ensure that Mr Rottman retained his identity as an EU citizen. He was an Austrian national accused of serious fraud in Austria. He moved to Germany and applied for naturalisation, without mentioning the proceedings against him in Austria. Once granted German nationality, he lost his Austrian nationality under Austrian law. However, when the German authorities learned of his past, they sought to withdraw his naturalisation with retroactive effect. Not only did this decision risk rendering him stateless but it also deprived him of his status as a citizen of the Union. Thus, Article 20 TFEU was engaged which meant that the national court had to ascertain whether the withdrawal decision observed the principle of proportionality in respect of the consequences for Rottmann in the light of EU law. It added that the principle of proportionality might include giving Rottmann a reasonable period of time to try to recover Austrian nationality.⁶⁷

2.4 Citizenship and Dignity

There is a close link between integrity and dignity of the person. The Court's notion of citizenship embraces both. The most telling example of the relationship between citizenship and dignity can be found in *Collins*.⁶⁸ Collins was an Irish

⁶⁴ Paragraphs 34 and 37.

⁶⁵ Paragraph 34.

⁶⁶ Paragraph 44. See also Case C-353/06 *Grunkin-Paul* [2008] ECR I-7639.

⁶⁷ Paragraphs 55-59.

⁶⁸ Case C-138/02 *Collins v. Secretary of State for Work and Pensions* [2004] ECR I-2703. See also Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193 and Case C-456/02 *Trojani* [2004] ECR I-7573.

work seeker who came to the UK looking for employment. A week after his arrival he claimed Jobseeker's Allowance but was turned down on the grounds that he was not habitually resident in the UK. The Court began by stating the orthodox position that, as a work seeker, the rights Collins enjoyed under Article 45 TFEU were limited to equal treatment in respect of access to employment; he did not enjoy equal treatment in respect of social (financial) advantages. However, the Court then said that 'in view of the establishment of citizenship of the Union', it was no longer possible to exclude from the scope of Article 45 TFEU benefits of a 'financial nature intended to facilitate access to employment in the labour market of a Member State'.⁶⁹ Thus the Court was prepared to extend the principle of equal treatment to poor work seekers to ensure they enjoy a minimum degree of dignity, unless the UK could justify the residence requirement.⁷⁰

The Court's linking of citizenship and dignity has been endorsed by the Commission: in its 2009 Communication, *An Area of freedom, security and justice serving the citizen*,⁷¹ it outlines a programme 'building a citizen's Europe' where 'All action taken in future should be centred on the citizen', focusing on four priorities including 'promoting citizens rights', emphasising the role of fundamental rights, especially respect for the 'human person and human dignity, and for the other rights enshrined in the Charter'. The link between citizenship and dignity is also made in Article 34(3) of the Charter: 'In order to combat social exclusion and poverty, the Union recognises and respects the right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources, in accordance with the rules laid down by Union law and national laws and practices.'

3 The Limits on the Evolution of Citizenship Rights

The story so far has been a positive one for (primarily migrant) citizens: an ever expanding number of rights being given to them by the Court. It is a story that the Court can generally be proud of. However, it is not a story with a totally happy ending—for citizens at least. First, the rights which the Court has recognised are largely individual rights, not collective.⁷² As we saw with the discussion in

⁶⁹ See also Joined Cases C-22/08 and 23/08 *Vatsouras v. Arbeitsgemeinschaft* [2009] ECR I-000, para 37.

⁷⁰ Davies 2005.

⁷¹ COM(2009) 262.

⁷² Cf Case C-438/05 *Viking Line ABP v The International Transport Workers' Federation, the Finnish Seaman's Union* [2007] ECR I-10779 and Case C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* [2007] ECR I-11767 where the Court recognised the right to strike, typically viewed as a collective right, but then proceeded to draw its teeth as a result of the significant limitations the Court then imposed on the exercise of that right (See e.g. Syrpis and Novitz 2008).

Grzelczyk, the focus on individual rights over the interests of the community reflects what Newdick terms an ‘institutional “asymmetry” within the EU, in which the Court of Justice favours private interests over the public “welfare” policies identified by national governments’.⁷³ This, he argues, risks undermining the very equality the Court avows because individual choice, rather than government policy, is the dominant influence.⁷⁴ Second, the Court has put down some clear lines as to the areas in which it is not prepared to allow the creative force of EU citizenship to go. Two examples will be discussed here: (1) access to justice against the EU institutions; and (2) remoulding political and social structures of the state.

3.1 *Citizenship and Access to Justice*

According to Article 67(1) TFEU:

The Union shall constitute an area of freedom, security and justice with respect for fundamental rights and the different legal systems and traditions of the Member States.

In respect of the courts, the EU envisages access at two levels: at European level to enable citizens to challenge decisions of the Union institutions and at domestic level to challenge decisions of the national authorities which interfere with Union law rights or to challenge the decisions of the EU institutions indirectly. In respect of remedies against national authorities, the Court has been active in guaranteeing Union rights, by developing the principles of direct effect and supremacy of Union law,⁷⁵ and the principles of effective judicial protection.⁷⁶ However, the Court of Justice has been far more reticent about ensuring such full access to the Court itself by citizens when seeking to challenge the acts of the Union institutions directly. In its now (in)famous line of cases on *locus standi* for non-privileged applicants under Article 263 TFEU, the Court has ensured that only in the most exceptional circumstances will an individual be granted standing.⁷⁷ While the Court has emphasised that proceedings can be started in the national court and then a preliminary reference sought under Article 267 TFEU, as

⁷³ Newdick 2008, p. 864.

⁷⁴ See also Wollenschläger 2011.

⁷⁵ See e.g. Case 26/62 *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlands Administratie de Belastingen* [1963] ECR I; Case 6/64 *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585.

⁷⁶ See, e.g., Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357, Case 222/84 *Johnston v. RUC* [1986] ECR 1651; Joined Cases C-46 and 48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame* [1996] ECR I-1029.

⁷⁷ Case C-50/00P *UPA v. Council* [2002] ECR I-6677. Cf. the strong Opinion of Jacobs AG to the contrary and the decision of the General Court in Case T-177/01 *Jégo Quéré&Cie SA v. Commission* [2002] ECR I-2365.

Advocate General Jacobs explained in *UPA*,⁷⁸ in certain circumstances this possibility is not available, leaving individuals without a remedy. While the amendments introduced by the Treaty of Lisbon to Article 263(4) TFEU have relieved the situation somewhat,⁷⁹ in particular by allowing natural or legal persons to challenge ‘regulatory acts’ which do not entail implementing measures, without having to show ‘individual concern’, this has been matched by the Court tightening up the *locus standi* criteria in other areas.⁸⁰

Most academic commentators find it difficult to justify the severely restrictive line taken by the Court in respect of *locus standi*. The Charter’s reference in Article 47 to ‘an effective remedy’ which the Court has used so creatively elsewhere,⁸¹ does not appear to apply to the Court itself. In *Iberdrola* the General Court said:

[I]t should be noted that the European Union is based on the rule of law and the acts of its institutions are subject to review by the Court of their compatibility with the Treaty and with the general principles of law which include fundamental rights. Individuals are therefore entitled to effective judicial protection of the rights they derive from the European Union’s legal order.⁸²

This statement by the General Court rings particularly hollow when it is followed by a denial of *locus standi*.

3.2 *Citizenship and the Wholly Internal Rule*

While the approach to access to justice before the Court itself remains difficult to fathom, the Court’s resistance to using citizenship to tear down the political and territorial boundaries within a state is more comprehensible. The issue arose in the *Walloon* case.⁸³ The Flemish government offered a care insurance scheme for people with disabilities. In order to benefit from the scheme, an individual had to be either resident in the Flemish-speaking region (or in the bilingual region of the capital, Brussels) or resident in another Member State (as a citizen of that Member State or a Belgian citizen who had made use of the free movement rights) but working in the Flemish-speaking region. By contrast, Belgian citizens living in the French-speaking

⁷⁸ Case C-50/00P *UPA v. Council* [2002] ECR I-6677. See also Case C-131/03P *R.J. Reynolds Tobacco Holdings Inc. v. Commission* [2006] ECR I-7795, paras 81–82.

⁷⁹ See e.g. Case T-18/10 *Inuit* [2011] ECR II-000; Case T-262/10 *Microban v Commission* [2011] ECR II-000.

⁸⁰ Case T-291/04 *Enviro Tech Europe Ltd v. Commission* [2011] ECR I-000; Case T-221/10 *Iberdrola v. Commission* [2012] ECR I-000. See Albers-Llorens 2012.

⁸¹ See e.g. Case C-402/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council* [2008] ECR I-6351, para 335; Case C-279/09 *DEB* [2010] ECR I-000, paras 31–33.

⁸² Paragraph 43.

⁸³ Case C-212/06 *Walloon Government* [2008] ECR I-1683. In a rather similar vein, in terms of not upsetting the constitutional order of the host state, see Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien* [2010] ECR I-000.

region of Belgium but working in the Flemish speaking region could not benefit from the scheme. This is a classic example of reverse discrimination (those living in the French-speaking region but working in the Flemish region were in a worse position than those living in other Member States and working in the Flemish region).

Advocate General Sharpston thought time had come for a reconsideration of the wholly internal rule, at least in the circumstances of this case.⁸⁴ Of most interest for our purposes is her argument on the citizenship provisions of the Treaty which ‘challenge the sustainability in its present form of the doctrine on purely internal situations’,⁸⁵ especially in the context of this case which comes ‘as close to a classic cross-border situation as a supposedly internal situation can’.⁸⁶ She considered the Flemish rule to be indirectly discriminatory, contrary to Article 18 TFEU, which it was for the Flanders government to justify. She concluded that citizens of the Union should be able to ‘rely upon that citizenship, in combination with the principle of non-discrimination, as against a decentralised authority that unquestionably exercises the *auctoritas* of the State, in order to access a benefit that Union law clearly intends should be available widely to all workers and that groups of fellow-workers can indeed access through the intervention of [Union] law’.⁸⁷

Her arguments therefore resonated with the ‘EU citizenship plus equal treatment’ approach considered above but the Court was not prepared to run with it. Reasserting the orthodoxy that ‘[Union] law clearly cannot be applied to such purely internal situations’,⁸⁸ it added that the citizenship case-law does not change this view because ‘citizenship of the Union is not intended to extend the material scope of the Treaty to internal situations which have no link with [Union] law’.⁸⁹ In reaching this conclusion, the Court saved not only the structure of the Belgian state from the scrutiny of EU law but other states too, such as the UK, with devolved administrations which treat nationals from elsewhere in the state less favourably than residents and EU migrants. Despite the inherent tensions so clearly identified by Advocate General Sharpston in the *Walloon* case and again in

⁸⁴ She confessed to ‘finding something deeply paradoxical about the proposition that, although the last 50 years have been spent abolishing barriers to freedom of movement *between* Member States, decentralised authorities of Member States may nevertheless reintroduce barriers through the back door by establishing them *within* Member States’ (para 116).

⁸⁵ Paragraph 140.

⁸⁶ Paragraph 141.

⁸⁷ Paragraph 157.

⁸⁸ Paragraph 38 although cf para 40.

⁸⁹ Paragraph 39. See also Case C-127/08 *Metock* [2008] ECR I-6241, para 77.

Ruiz-Zambrano,⁹⁰ her proposal would run against the grain of the Court's cautious approach to giving substance to EU citizenship through an individual rights-based strategy. Tearing down the walls of internal political structures marks too radical a departure from the Court's human rights based approach to citizenship. Such decisions are for the domestic legislator, not the Court of Justice.

4 Conclusions

In her opinion in *Ruiz Zambrano*, Advocate General Sharpston asked⁹¹:

[I]s Union citizenship merely the non-economic version of the same generic kind of free movement rights as have long existed for the economically active and for persons of independent means? Or does it mean something more radical: true citizenship, carrying with it a uniform set of rights and obligations, in a Union under the rule of law in which respect for fundamental rights must necessarily play an integral part?

This chapter has argued that the Court is moving in the direction of creating a true citizenship with a uniform set of rights but not, so far, many obligations. Some Advocates General have pushed for a more ambitious agenda to take EU citizenship from the legal to the political dimension. Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer articulated this most fully:

31. It is, therefore, the notion of *belonging* in a material sense, aside from any administrative requirements, which justifies the inclusion of citizens of the Union in the political community. When the ties of identity with a single State are broken so that they may be shared with others, a connection is woven in a wider sphere. As a result, the notion of *European belonging* is created, which the Treaties seek to strengthen. Justice Benjamin Cardozo expressed it superbly in *Baldwin v G.A.F. Seelig*, in connection with the Constitution of the United States of America, when he pointed out that the Constitution 'was framed upon the theory that the peoples of the several states must sink or swim together, and that in the long run prosperity and salvation are in union and not division'.

⁹⁰ '86. If one insists on the premiss that physical movement to a Member State other than the Member State of nationality is required before residence rights as a citizen of the Union can be invoked, the result risks being both strange and illogical. Suppose a friendly neighbour had taken Diego and Jessica [the Belgian children of Mr Ruiz-Zambrano] on a visit or two to Parc Astérix in Paris, or to the seaside in Brittany. They would then have received services in another Member State. Were they to seek to claim rights arising from their 'movement' it could not be suggested that their situation was 'purely internal' to Belgium. Would one visit have sufficed? Two? Several? Would a day trip have been enough; or would they have had to stay over for a night or two in France? ... 88. It is difficult to avoid a sense of unease at such an outcome. Lottery rather than logic would seem to be governing the exercise of EU citizenship rights.'

⁹¹ Paragraph 3.

32. Accordingly, the emergence of the fundamental rights, on the one hand, and the link with the State of which the individual concerned effectively is part, on the other, imbue the case-law with a constitutional dimension. That serves to protect the status of the free citizen in the democratic sphere of the Union, an aspect which is enshrined in the reality of a Union governed by the rule of law in which legal provisions, especially the ones in the Treaties, guarantee individual freedom and democratic equality.

In reality the Court is not in a position to deliver on this. While the other institutions can be proactive, the Court is, by nature, reactive. Thus, the other institutions can launch eye-catching initiatives⁹² which can help deliver on the promise of creating a political space for EU citizens; the Court is restricted to deciding the cases that come before it. Those cases may raise issues involving larger questions of democracy,⁹³ but often they involve individuals seeking to have their rights protected when they are away from home. The Court has proved rather good at that. At a time of economic crisis when citizens feel ever more alienated from political decision makers both at domestic and European level, this judicial function may prove to be of growing importance.

References

- Albors-Llorens A (2012) Remedies against the EU institutions after Lisbon: an era of opportunity? forthcoming
- Barnard C (2005) EU Citizenship and the principle of solidarity. In: Dougan M, Spaventa E (eds) *Social welfare and EU law*. Hart Publishing, Oxford, pp 157–180
- Closa Montero C (2010) *Martínez Sala and Baumbast*: an institutionalist analysis. In: Maduro and Azoulai (eds) *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Hart Publishing, Oxford, pp 394–402
- Coppel J, O’Neill A (1992) The European Court of Justice: taking human rights seriously? *Legal Stud* 12:227
- Davies G (2005) “Any place I Hang my Hat?” or: residence is the new nationality *ELJ* 11:43
- Dougan M, Spaventa E (2003) Educating rudy and the (non-) english patient: a double bill on residency rights under Article 18 EC. *EL Rev* 28:697
- Everson M (1995) The legacy of the Market Citizen. In: Shaw J, More G (eds) *New legal dynamics of the European Union*. Clarendon Press, Oxford, pp 73–90
- Held D (1991) Between state and civil society: citizenship. In: Andrews G (ed) *Citizenship*. Lawrence and Wishart, London, pp 19–25
- José Menéndez J (2010) European Citizenship after *Martínez Sala* and *Baumbast*: has European Law become more human but less social? In: Maduro and Azoulai (eds) *The past and future of EU law: the Classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Hart Publishing, Oxford, pp 363–393

⁹² See e.g. Article 11(4) TEU on the Citizens’ Initiative and Reg. 211/2011 (OJ [2011] L65/1) and the dedicated webpage <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome>, last accessed 24 April 2012.

⁹³ See e.g. Cases C–145/04 and C–300/04 *Kingdom of Spain v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*; *M.G. Eman and O.B. Sevinger v. College van burgemeester en wethouders van Den Haag* [2006] ECR I–7917.

- Marshall TH (1950) *Citizenship and social class*. Cambridge University Press, Cambridge
- Newdick C (2008) The European Court of Justice, trans-national health care, and social citizenship—accidental death of a concept. *Wisconsin Int Law J* 26:844
- NicShuibhne N (2010) The resilience of EU market citizenship. *CML Rev* 47:1597
- NicShuibhne N (2012) (Some of) The kids are alright. *CML Rev* 49:349
- Ross M, Borgmann-Prebil Y (2010) *Promoting solidarity in the European Union*. Oxford University Press, Oxford
- Sharpston E (2012) Citizenship and fundamental rights—Pandora’s Box or a natural step towards maturity. In: Cardonnel P, Rosas A, Wahl N (eds) *Constitutionalising the EU judicial system: essay in honour of Pernilla Lindh*. Hart Publishing, Oxford, pp 245–272
- Shaw J (2012) Contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism. In: Craig P, De Búrca G (eds) *The evolution of EU law*, 2nd edn. Oxford University Press, Oxford, pp 575–610
- Stein E (1981) Lawyers, judges and the making of a transnational constitution. *AJIL* 38:1
- Stone Sweet A (2012) The European Court of Justice. In: Craig and De Búrca (eds) *The evolution of EU Law*, 2nd edn. Oxford University Press, Oxford, pp 121–154
- Syrpis P, Novitz T (2008) Economic and social rights in conflict: political and judicial approaches to their reconciliation. *EL Rev* 33:411
- Timmermans C (2010) *Martínez Sala* and *Baumbast* revisited. In: Maduro and Azoulay (eds) *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*. Hart Publishinh, Oxford
- Weiler J (1991) The transformation of Europe. *Yale Law J* 100:2403
- Wollenschläger F (2011) A new fundametnal freedom beyond market integration: union citizenship and its dynamics for shifting the economic paradigm of European integration. *ELJ* 17:1

The European Arrest Warrant: The Dilemmas of Mutual Recognition, Human Rights and EU Citizenship

Steve Peers

Abstract The case-law of the Court of Justice has addressed some key issues concerning the European Arrest Warrant, in particular issues relating to the abolition of dual criminality, the *ne bis in idem* rule and the non-execution of EAWs concerning nationals and residents. While this case-law has clarified some important issues, it has raised further questions which the Court of Justice will need to address in the near future.

1 Introduction

The European Arrest Warrant (EAW), established by a ‘third pillar’ Framework Decision agreed in December 2001 and formally adopted in June 2002,¹ is the ‘flagship’ of the EU principle of mutual recognition in criminal matters, being the first measure adopted in this field, as well as the most well known to the public, the most frequently used in practice and the most controversial. Nearly ten years

Professor of Law, University of Essex.

¹ OJ 2002 L 190/1. All references in this chapter are to this Framework Decision unless otherwise indicated. The first fifteen Member States had to implement the Framework Decision by 31 Dec. 2003 (Article 34(1)); the Member States joining the EU later had to implement it on the date of accession. On the EAW generally, see Keijzer and van Sliedregt 2009; Guild and Marin 2009; Blekxtoon 2005; and Alegre and Leaf 2003.

S. Peers (✉)
University of Essex, Colchester, UK
e-mail: speers@essex.ac.uk

after the adoption of the Framework Decision, the Court of Justice has ruled on a number of disputed issues concerning this measure. To what extent has this case-law addressed these issues satisfactorily?

2 Context

The EAW Framework Decision replaced the previous system for extradition established primarily by the 1957 Council of Europe Convention on this subject, as supplemented by a series of Protocols,² as well as the 1977 Council of Europe Convention on the suppression of terrorism,³ and a number of earlier EU measures.⁴

The underlying concept remains the same: a requested State (the State ‘executing’ an EAW) hands over (‘surrenders’) a person (a ‘fugitive’) who is wanted by the requesting State (the State ‘issuing’ an EAW) so that the fugitive can either serve a sentence imposed by the issuing State or be subjected to a criminal trial in that State. However, the EAW differs significantly from the prior system because it removes or at least limits a number of traditional restrictions which had been permitted by that system, in particular the option (used previously by almost all Member States) to refuse extradition of a State’s own nationals, the requirement that the underlying act in question must be a crime in both States (the ‘dual criminality’ rule) and the possibility of refusing extradition in the event of a ‘political offence’. These significant changes have, as noted already, caused controversy at national level, and so several constitutional courts have struck down the national application of the Framework Decision, at least in principle.⁵

² All Member States have ratified the Convention (ETS 24). For the ratification of the First (1975) and Second (1978) Protocols to the Convention (ETS 86 and 98), see Peers 2011, Appendix I. After the adoption of the Framework Decision, a third Protocol to that Convention was opened for signature in 2010 (ETS 209, in force 1 May 2012). It has been ratified by Latvia and signed by 11 Member States (Austria, Bulgaria, Cyprus, Finland, Germany, Luxembourg, Netherlands, Poland, Portugal, Slovenia and Sweden) along with Croatia. The text of a fourth Protocol to that Convention was agreed in May 2011 by the Council of Europe’s European Committee on Crime Problems, but has not yet been opened for signature. For the text, see: <http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/PC-OC/PCOC_documents/PC-OC%20_2010_%2013%20rev%204%20E%20Draft%204th%20Add%20Protocol%20Conv%20Extradition.pdf>.

³ All Member States have ratified the Convention (ETS 90). A Protocol to the Convention (ETS 190, not yet in force) has been ratified by 16 Member States (Belgium, Bulgaria, Cyprus, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Netherlands, Poland, Romania, Slovakia and Slovenia), as well as Croatia, and has been signed by the other 11 Member States.

⁴ Articles 59–66 of the Schengen Convention (OJ 2000 L 239); Convention on consented extradition (OJ 1995 C 78/1); Convention on disputed extradition (OJ 1996 C 313/11): see Article 31(1). However, Member States may retain or adopt treaties which further simplify the application of the Framework Decision (Article 31(2)).

⁵ See the analysis in Guild and Marin 2009.

The EAW Framework Decision has served as a template for all other EU mutual recognition measures adopted since, and is closely linked to the subsequent Framework Decisions on the transfer of prisoners and the mutual recognition of pre-trial orders.⁶ It has been amended once, by a Framework Decision setting out standard rules as regards the relationship between judgments issued *in absentia* and EU mutual recognition measures.⁷ Also, several proposed and agreed measures concerning the procedural rights of criminal suspects also apply (or will apply) in the context of proceedings to execute an EAW.⁸ More broadly, the adoption of such measures is intended to address a key concern about the EAW system: misgivings about the fairness of the underlying criminal proceedings in ‘other’ Member States. The EAW regime is more ambitious than other EU mutual recognition measures⁹; this can be explained by the political circumstances of its adoption, notably the terrorist attacks of September 11, 2001.¹⁰

As for the Framework Decision in practice, its implementation has been assessed by reports from the Commission,¹¹ as well as by an evaluation conducted by the Council, which was followed up by draft recommendations to Member States.¹² The most recent complete EAW statistics indicate that for the year 2009, approximately 15,600 EAWs were issued and about 4,400 were executed; there were 584 refusals to execute.¹³

⁶ See respectively OJ 2008 L 327/27 (which Member States had to apply from 5 Dec. 2011) and OJ 2009 L 294/20 (which Member States must apply from 1 Dec. 2012). On the first measure, see further [Sect. 3.4](#).

⁷ OJ 2009 L 81/24. Member States had to apply this measure by 28 Mar. 2011, except for Italy, which has exercised an option to delay its application until 1 Jan. 2014: see declaration in OJ 2009 L 97/14.

⁸ Namely: Directive 2010/64 on the right to interpretation and translation in the framework of criminal proceedings (OJ 2010 L 280/1), Articles 1(1), 2(7) and 3(6); agreed text of a Directive on the right to information on criminal proceedings (Council doc. PE-CONS 78/11, 9 Mar. 2012), Articles 1 and 5 and Annex II; and the proposal for Directive on access to a lawyer and communication rights (COM (2011) 326, 8 June 2011), Article 11. For further planned measures, see the Council resolution setting out a roadmap on suspects’ rights (OJ 2009 C 295/1).

⁹ For instance, some other EU measures give Member States an option to continue to apply the ‘dual criminality’ rule. For details, see Peers 2011, Chap. 9.

¹⁰ See particularly Wouters and Naert 2004.

¹¹ COM (2005) 63, 23 Feb 2005, updated (to take account of Italy) in COM (2006) 8, 24 Jan 2006; COM (2007) 407, 12 July 2007; and COM (2011) 175, 11 Apr. 2011. For Member States’ responses to the first report, see Council docs. 8842/1/05, 19 May 2005, and 11528/05, 5 Sep. 2005.

¹² Council doc. 8302/4/09, 28 May 2009; see also the subsequent Council conclusions in Council doc. 8436/2/10, 28 May 2010.

¹³ Council doc. 7551/7/10, 24 Nov. 2010.

3 The Role of the Court of Justice

3.1 *The Court's Jurisdiction in Practice*

The Framework Decision has attracted more references (twelve) for a preliminary ruling from national courts to the Court of Justice than any other EU criminal law measure,¹⁴ equal to the number of references regarding Schengen Convention provisions concerning the principle of *ne bis in idem*.¹⁵ Moreover, the EAW Framework Decision has accounted for all of the judgments of the Court in the field of criminal law which have been decided by means of the special emergency 'PPU' procedure, which was established in 2008 to deal with certain Justice and Home Affairs cases.¹⁶ Of course, it must also be kept in mind that Member States had the discretion to decide, prior to the entry into force of the Treaty of Lisbon, to restrict or deny the possibility for their national courts to send references on 'third pillar' matters to the Court of Justice.¹⁷ As regards 'third pillar' measures adopted before the entry into force of the Treaty of Lisbon (such as the EAW Framework Decision) such limitations on the Court's jurisdiction will continue in force until 1 December 2014, after which the usual regime set out in Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the possibility for all national courts to

¹⁴ As of 31 March 2012, seven of these cases have been decided, three are still pending and two were withdrawn. No cases have been joined, so there have been seven distinct judgments. Decided Cases: C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633; C-66/08 *Koslowski* [2008] ECR I-6041; C-296/08 PPU *Santesteban Goicoechea* [2008] ECR I-6307; C-388/08 PPU *Leymann and Pustovarov* [2008] ECR I-8993; C-123/08 *Wolzenburg* [2009] ECR I-9621; C-306/09 *I.B.*, judgment of 21 Oct. 2010, not yet reported; and C-261/09 *Mantello*, judgment of 16 Nov. 2010, not yet reported. Pending Cases: C-42/11 *Lopes da Silva Jorge* (opinion of 20 Mar. 2012); C-396/11 *Radu*; and C-399/11 *Melloni*. Withdrawn Cases: C-105/10 PPU *Gataev* and C-264/10 *Kita*.

¹⁵ For these rules, see Articles 54–58 of the Schengen Convention (OJ 2000 L 239). Two of these cases were joined for judgment and two were withdrawn, so there have been nine distinct judgments. By contrast, the EU's Framework Decision on crime victims (OJ 2001 L 82/1) has been the subject of eight references from national courts (two of these cases were joined for judgment and one is still pending, so there have been seven distinct judgments), and the Framework Decision on financial penalties (OJ 2005 L 76/16) has been the subject of two references from national courts (both pending). If the three pending references concerning the EAW Framework Decision are all maintained, that measure will soon have generated more *distinct judgments* than any other 'third pillar' measure.

¹⁶ The cases concerned are *Santesteban Goicoechea* and *Leymann and Pustovarov* (fn. 14). The Court had also decided to apply the PPU procedure to the *Gataev* reference (*idem*), before the national court withdrew its questions. The procedure has also been applied to some civil law cases (concerning responsibility for children) and immigration cases. For the PPU rules, see OJ 2008 L 24, and on the use of these rules in practice, see the Court's report in Council doc. 6140/12, 6 Feb. 2012.

¹⁷ For details of Member States' decisions, see OJ 2010 L 56/14.

refer questions, and the obligation of final courts to refer them) will then apply.¹⁸ But even after that point, the legal effect of Framework Decisions will be limited until they are amended by post-Lisbon measures¹⁹; in particular, they will not confer direct effect.²⁰

Although the EAW Framework Decision raises a large number of issues of interpretation, the case-law of the Court of Justice has to date focussed on five issues: the validity of the Framework Decision, in light of its legal form and the partial abolition of the traditional principle of ‘dual criminality’ in extradition proceedings; the *ne bis in idem* exception; the exceptions relating to the non-surrender of nationals of, residents of and persons staying in the executing State; the rule of specialty (i.e. the principle that a surrendered person can only be prosecuted for the specific crimes referred to in the EAW); and the transitional rules. The following analysis focusses on the first three of these issues, along with the underlying issue of the relationship between the Framework Decision and the human rights protections of EU law.

At the outset, it should be noted that the Court established and reiterated some key basic principles concerning the EAW. First, it has ruled consistently that the purpose of the Framework Decision is to replace the traditional extradition system with a system of surrender on the basis of an EAW.²¹ Next, it has repeatedly asserted that EAWs must be executed ‘on the basis of the principle of mutual recognition and in accordance with the provisions of [the] Framework Decision’.²² Thirdly, it has ruled that any provisions of the Framework Decision which do not refer to national law should be interpreted autonomously.²³ Finally, it has con-

¹⁸ See Article 10(1) and (3) of the transitional Protocol; see further Peers 2008. Note that references sent during the transitional period which would be inadmissible during that period will become admissible if they are still pending at the end of that period and satisfy the normal conditions set out in Article 267 TFEU: see by analogy Cases C-283/09 *Werynski*, judgment of 17 Feb. 2011, not yet reported, and C-396/09 *Interedil*, judgment of 20 Oct. 2011, not yet reported.

¹⁹ See Article 9 of the transitional Protocol. The special regime for the Court’s jurisdiction set out in Article 10 of the Protocol would also be terminated early if the EAW Framework Decision is amended before 1 Dec. 2014 (see Article 10(2) of that Protocol), but in the absence of any plan to propose amendments to the Framework Decision at time of writing, that point is likely to prove moot.

²⁰ See Article 34(2)(d) TEU, prior to the Treaty of Lisbon amendments. On the other hand, national courts have an obligation to interpret national law consistently with Framework Decisions: see Case C-105/03 *Pupino* [2005] ECR I-5285. The Court of Justice has not yet been asked to decide whether other Community law principles (such as primacy) apply to third pillar measures. See the discussion in Peers 2007.

²¹ Case-law starting with *Advocaten voor de Wereld* (fn. 14), para 28, referring to the preamble and Article 1(1) and (2).

²² Case-law starting with *Kosłowski* (ibid), para 32, referring to Article 1(2).

²³ Case-law starting with *Kosłowski* (ibid), paras 42 and 43.

stantly stated that the grounds for non-execution specifically referred to in the Framework Decision are the *only* grounds which can justify non-execution of an EAW.²⁴

3.2 *Dual Criminality*

First of all, as for the validity of the Framework Decision, the question of its legal form is now moot, because the Treaty of Lisbon has abolished the distinct types of legal act set out in the previous ‘third pillar’ of the EU.²⁵ However, the partial abolition of the dual criminality principle is still a contested issue, as evidenced by the continuing fierce debates about the partial or total abolition of this principle in relations between Member States.²⁶ More precisely, the Framework Decision abolishes the principle of double criminality, if the EAW has been issued for one (or more) crime(s) on a list of 32 offences ‘as defined by the law of the issuing Member State’, where such an offence could be subject to a sentence of at least three years.²⁷ If an act is not listed, the surrender of the person ‘may’ be subject to the condition of dual criminality in the executing State.²⁸

The Belgian Constitutional Court asked the Court of Justice whether this partial abolition of dual criminality was invalid, on the grounds that it breached the principle of the legality of criminal proceedings and the principles of equality and non-discrimination.²⁹ According to the Court of Justice, these principles were part of the general principles of EU law, and were reaffirmed in the EU Charter of Fundamental Rights,³⁰ but the principle of legality was not infringed because it was only necessary for the *issuing* Member State to comply with that principle when that Member State defined the offences which it sought to punish or prosecute by means of issuing an EAW.³¹ As for the principles of equality and non-discrimination, in the Court’s view, abolishing the dual criminality rule only as regards 32 specific offences was not a breach of those principles, since ‘the

²⁴ Case-law starting with *Koslowski* (ibid), para 43; since *Leymann* (ibid), para 51, the Court has referred more specifically to the grounds for refusal in Articles 3 and 4.

²⁵ See the prior Article 34 TEU.

²⁶ See van Sliedregt 2009, p. 51. Indeed, even after the Treaty of Lisbon, the principle is fully retained in one adopted measure (Article 10(1)(c) of Directive 2011/99 on the European protection order, OJ 2011 L 338/2), and the attempt to abolish it entirely in the Directive establishing the proposed European investigation order (OJ 2010 C 165/22) did not find favour within the Council (see Articles 9(1)(b) and 10(1a)(f) of the Council’s ‘general approach’ on this proposal, Council doc. 18225/1/11, 9 Dec. 2011).

²⁷ Article 2(2). This has become a standard list used in many other mutual recognition measures.

²⁸ Article 2(4).

²⁹ *Advocaten voor de Wereld* (fn. 14).

³⁰ *Ibid.*, paras 45–47 of the judgment.

³¹ *Ibid.*, paras 48–54 of the judgment.

Council was able to form the view, on the basis of the principle of mutual recognition and in the light of the high degree of trust and solidarity between the Member States, that, whether by reason of their inherent nature or by reason of the punishment incurred of a maximum of at least three years, the categories of offences in question feature among those the seriousness of which in terms of adversely affecting public order and public safety justifies dispensing with the verification of [dual] criminality'. Therefore any different treatment between persons convicted or accused of those crimes and persons convicted or accused of other crimes was justified, even if those two groups of persons were comparable.³² Furthermore, since the Framework Decision did not have the purpose of harmonising substantive criminal law and the Treaty (as it then was) did not make application of the Framework Decision conditional on such harmonisation, the lack of precision in the definition of the offences was not problematic on this ground either.³³

This has not stopped further questions being raised about the relationship between the EAW Framework Decision and the protection of human rights within the EU legal order. The preamble and main text of the Framework Decision include a number of specific references to human rights. In particular, the main text of the Framework Decision states that it 'shall not have the effect of modifying the obligation to respect fundamental rights and fundamental legal principles as enshrined in Article 6 of the Treaty on European Union'.³⁴ Furthermore, the preamble to the Framework Decision specifies that: it 'respects fundamental rights and observes the principles recognised by Article 6 of the Treaty on European Union and reflected in the Charter..., in particular Chapter VI thereof'; '[n]othing in this Framework Decision may be interpreted as prohibiting refusal to surrender a person for whom a European arrest warrant has been issued when there are reasons to believe, on the basis of objective elements, that the said arrest warrant has been issued for the purpose of prosecuting or punishing a person on the grounds of his or her sex, race, religion, ethnic origin, nationality, language, political opinions or sexual orientation, or that that person's position may be prejudiced for any of these reasons; it 'does not prevent a Member State from applying its constitutional rules relating to due process, freedom of association, freedom of the press and freedom of expression in other media'; the Framework Decision might be suspended if a Member State is suspended from EU membership due to human rights breaches; and there is protection against extradition, etc., in cases of torture, etc., or the death penalty.³⁵

Despite these provisions, as noted above, the Court of Justice has stated that the refusal to execute an EAW can only be justified on the grounds listed in Articles 3

³² *Ibid.*, paras 57–58 of the judgment.

³³ *Ibid.*, para 59 of the judgment.

³⁴ Article 1(3).

³⁵ Paragraphs 11, 12 and 13 of the preamble.

and 4 of the Framework Decision (i.e. the mandatory and optional grounds for refusal of execution).³⁶ This not only overlooks the ‘conditions’ referred to in other provisions,³⁷ but also apparently suggests that the human rights provisions cannot stand in the way of execution of an EAW. As regards the legality principle and dual criminality, the *Advocaten voor de Wereld* judgment placed the onus on the issuing State to ensure that human rights are protected. But it does not necessarily follow that responsibility to ensure human rights protection should always be assigned to the issuing State, in particular where there is significant evidence to suggest that an EAW is based on a conviction which has resulted from an unfair trial or prosecution in that State, or that there is a systematic problem ensuring the fairness of trials within it. The refusals in such cases would follow primarily from the EU Charter,³⁸ taking account also of the specific provisions of the Framework Decision (including its preamble) on human rights issues. Arguably, the absence of specific human rights grounds for refusal to execute warrants was considered unnecessary because Member States’ international human rights commitments and national constitutions,³⁹ along with primary law of the EU (Article 6 TEU, now including the Charter) took precedence over the Framework Decision. This interpretation is confirmed by the view of a number of Advocates-General.⁴⁰ The underlying argument that Member States must have absolute mutual trust in each others’ criminal justice systems surely could not have survived the judgment in *NS* and *ME* (by analogy).⁴¹ Furthermore, if Member States really do have such absolute mutual trust, why did the drafters of the Treaty of Lisbon deem it necessary to provide express powers for the EU to adopt legislation on the rights of suspects in order to facilitate judicial cooperation in criminal matters,⁴² and why have the EU institutions adopted and begun to implement a programme of measures to this end?⁴³

3.3 *Ne bis in idem*

³⁶ Footnote 24. However, note that grounds for refusal set out in Articles 3(2) (*ne bis in idem*) and 4a (*in absentia* trials, inserted by the 2009 amendment of the Framework Decision, fn. 7) can be considered to constitute specific human rights grounds for refusal: see 3.3 and 3.4.

³⁷ Articles 2(4) and 5(2) and (3); Article 5(1) has now been replaced by Article 4a (*ibid*), which refers expressly to a refusal to execute an EAW. These (optional) conditions would be ineffective unless it were possible to refuse execution of an EAW if they are not satisfied.

³⁸ See by analogy Joined Cases C-411/10 and C-493/10 *NS* and *ME*, judgment of 21 Dec. 2011, not yet reported.

³⁹ See fn. 20.

⁴⁰ See the opinions in *Wolzenburg*, *Koslowski*, *Santesteban Goicoechea*, *IB*, *Mantello* and *da Silva Jorge*, as well as the questions in the pending *Radu* and *Melloni* cases and the withdrawn *Gataev* case (fn. 14).

⁴¹ Footnote 38.

⁴² Article 82(2) TFEU.

⁴³ Footnote 8.

The legislation and case-law is more satisfactory as regards the specific rules in the Framework Decision on the refusal to surrender a fugitive on the grounds of *ne bis in idem* (often known as ‘double jeopardy’), which is one of the three mandatory grounds to refuse the execution of an EAW.⁴⁴ More precisely, the execution of an EAW must be refused:

if the executing judicial authority is informed that the requested person has been finally judged by a Member State in respect of the same acts provided that, where there has been sentence, the sentence has been served or is currently being served or may no longer be executed under the law of the sentencing Member State;

In the *Mantello* judgment,⁴⁵ the Court of Justice ruled first of all that the concept of the ‘same acts’ must have an ‘autonomous and uniform interpretation’ throughout the EU, since the Framework Decision does not refer to national law on this point.⁴⁶ Next, the phrase ‘the same acts’ must be interpreted the same way as the same phrase appearing in the *ne bis in idem* rule set out in the Schengen Convention,⁴⁷ given that the two rules have the same underlying purpose, namely ‘to ensure that a person is not prosecuted or tried more than once in respect of the same acts’.⁴⁸ On the facts of the case, though, the Court found it necessary instead to interpret the phrase ‘finally judged’.⁴⁹ This phrase was also interpreted in the same way as the parallel phrase in the Schengen rules.⁵⁰ Furthermore, the Court drew a parallel between the rules on cooperation between national authorities set out in the Schengen Convention as regards the Schengen *ne bis in idem* rules and set out in the Framework Decision as regards the EAW.⁵¹ Following the same lines of reasoning, the identical ‘enforcement condition’ set out in the two sets of double

⁴⁴ Article 3(2). The other mandatory grounds are amnesty (Article 3(1)) and the age of the fugitive (Article 3(3)). The EAW Framework Decision is the only mutual recognition measure which provides for mandatory grounds for non-execution. Most mutual recognition measures contain an optional ground for refusal on *ne bis in idem* grounds. See generally Peers 2011, Chap. 9.

⁴⁵ Footnote 14. Also, the Court had previously ruled that Article 3(2) applied to a final judgment dismissing a prosecution due to time-barring, while time-barring in the absence of a final judgment falls within the scope of the optional ground for refusing to execute an EAW set out in Article 4(4): Case C-467/04 *Gasparini* [2006] ECR I-9199, para 31.

⁴⁶ Paragraph 38 of the judgment (*ibid*), following *Kosłowski* (*ibid*), which had taken the same approach to Article 4(6) (see discussion below).

⁴⁷ Article 54 of the Convention (fn. 15). On that case-law, see Peers 2011, Chap. 11, and Cimamonti 2009, pp. 116–124. The Court’s approach leaves little (if any) scope for the application of the optional ground for refusal set out in Article 4(3): see Cimamonti 2009, pp. 119–120.

⁴⁸ Paragraphs 39 and 40 of the judgment (*ibid*), referring to the relevant case-law on the Schengen double jeopardy rules.

⁴⁹ See para 43 of the judgment (*ibid*).

⁵⁰ The Court again referred, this time ‘by analogy’, to the relevant case-law on the Schengen double jeopardy rules: see paras 45 and 47 of the judgment (*ibid*).

jeopardy rules should logically be interpreted the same way,⁵² and the similar rules on deduction of linked periods of detention should also be interpreted similarly.⁵³ However, in the absence of any provisions in the Framework Decision setting out exceptions from the *ne bis in idem* exception, it might be questioned whether there are any such exceptions in relation to the execution of EAWs.⁵⁴

On the other hand, there is one striking difference between the two sets of rules, as interpreted by the Court: the Schengen Convention rules apply only to cross-border situations, while the EAW rule also applies where a single Member State is arguably seeking to prosecute the person concerned twice in relation to the same acts, as in the *Mantello* case. The Court did not give any express reasons for its implicit conclusions on this point.

How should the Court's case-law be assessed? First of all, the basic policy choice to interpret the double jeopardy rule the same way in both legal instruments is welcome, not only because (as the Court observed) the two rules have the same underlying objective, but also because: a single set of rules will be much easier to apply than two sets of rules; the application of a body of pre-existing case-law on the *ne bis in idem* rule will provide additional legal certainty for everyone involved with the practical application of the EAW; the drafters of the Framework Decision expressly intended such an approach⁵⁵; and, as the Advocate-General pointed out, the wording of the two provisions is similar or identical.⁵⁶ However, the wording of the two provisions do differ as regards their territorial scope, ie whether the rules apply to multiple proceedings for the same acts brought in the same Member State (see below). Yet nevertheless, the underlying objective of the two rules is indeed common, whether that objective is described as avoiding 'double jeopardy' in general (as the Court put it in *Mantello*), or as avoiding double jeopardy *in connection with the free movement of persons* (as the Court put it in its judgments on the Schengen rules),⁵⁷ because the issue of an EAW necessarily involves some element of free movement.⁵⁸ It would make more sense, though, if the Court wishes to stress the more general ban on double jeopardy, to refer expressly to

⁵¹ Article 57 of the Convention and Article 15 of the Framework Decision: see para 48 of the judgment.

⁵² See in particular Case C-288/05 *Kretzinger* [2007] ECR I-6441 and Case C-297/07 *Bourquain* [2008] ECR I-9425. In the former judgment, the Court confirmed that the mere possibility of issuing an EAW did not satisfy the enforcement condition set out in the Schengen rules.

⁵³ Article 56 of the Convention and Article 26 of the Framework Decision.

⁵⁴ On the other hand, there are limited exceptions from the Schengen *ne bis in idem* rules, set out in Article 55 of the Schengen Convention. The Court of Justice has not interpreted these exceptions, except to confirm that this list is exhaustive and that Article 55 refers to the same acts and procedures referred to in Article 54: see Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brugge* [2003] ECR I-1345, para 44.

⁵⁵ See the footnote attached to Article 3(2) in Council doc. 14867/01, 4 Dec. 2001, which stated that the wording of Article 3(2) was 'based on' Article 54 of the Schengen Convention.

⁵⁶ Paragraph 109 of the Opinion (fn. 14).

⁵⁷ See, for instance, para 27 of the *Gasparini* judgment (fn. 45).

Article 50 of the Charter of Fundamental Rights, which explicitly refers to both the cross-border and the domestic application of the principle. The Court has been curiously reluctant to refer to Article 50 of the Charter in any context, even since the entry into force of the Treaty of Lisbon enhanced the Charter's legal status.⁵⁹

Secondly, it would have been preferable if the Court had given an explicit rationale for its implicit ruling that the *ne bis in idem* rule applies even to multiple prosecutions for the same acts within a single Member State. But having said that, the outcome of the case should be welcomed on this point for the reasons given by the Advocate-General⁶⁰: the wording of the Framework Decision and the human rights context of the issue, in particular the application of Article 50 of the Charter.⁶¹

Thirdly, the *Mantello* judgment still leaves open important questions concerning the interpretation and legal effect of the *ne bis in idem* rules in other mutual recognition measures,⁶² but the Court cannot be criticised for not answering questions which were not referred to it. However, the judgment lays the ground for interpreting those rules consistently with the relevant provisions of the Schengen Convention, since again it is surely the case that the rules in question have the same underlying objective as the Schengen provisions.

3.4 *Surrender of Nationals or Residents, et al*

The third and final key issue in the Court's jurisprudence is its interpretation of the optional power to refuse to execute a warrant where the EAW was issued for the purpose of enforcing a sentence, if the executing Member State agrees to enforce the sentence itself, against one of its nationals or residents or a person staying

⁵⁸ See the analysis in paras 113–115 of the Opinion. Even if the fugitive has not moved between Member States, but (for instance) broken the law of another Member State due to activities related to the Internet, there would be a link to the free movement of *goods or services*. For example, see Case C-322/01 *Deutscher Apothekerverband* [2003] ECR I-14887, paras 73 and 74.

⁵⁹ There is no reference to Article 50 of the Charter in the *Mantello* judgment, or the case-law on the Schengen rules (fn. 15), or the most recent judgment on *ne bis in idem* and the EU's competition rules (Case C-17/10 *Toshiba*, judgment of 14 Feb. 2012, not yet reported). See now Cases C-617/10 *Fransson* and C-418/11 *Texdata*, both pending.

⁶⁰ See paras 71–98 of the Opinion.

⁶¹ As to the wording, the brief comment on this point in the Opinion (at para 84) should be supplemented by pointing out that Article 54 of the Schengen Convention begins, 'A person whose trial has been finally disposed of in *one* Contracting Party may not be prosecuted in *another* Contracting Party...', while, as noted above, the EAW rule applies where a person has been prosecuted for the same acts by '*a* Member State' (emphases added).

⁶² The wording of the relevant exceptions in the different measures varies, and moreover these exceptions are not mandatory. Note, however, that some recent measures refer expressly to the Schengen rules (see, for instance, recital 12a and Article 9(1)(e) of the 'general approach' on the Directive establishing the European investigation order (fn. 26). For further discussion of this issue, see Peers 2011, Chap. 11.

there.⁶³ There is a parallel rule giving the executing Member State an option, where the EAW was issued for the purpose of prosecution, to request a guarantee that a fugitive be returned to the executing Member State after trial to serve his or her sentence there, if the fugitive is a national or resident of that State.⁶⁴

The Court of Justice has interpreted these rules in a number of cases. First of all, in its *Kozłowski* judgment,⁶⁵ the Court ruled that the definitions of ‘resident’ and ‘staying in’ had an EU-wide autonomous meaning not dependent on the laws of the Member States.⁶⁶ According to the Court, the concept of persons ‘staying in’ the executing State could not encompass all persons temporarily located in that State, but equally could apply to a person staying there for a period of time who had established certain connections there. Moreover, in order to refuse to execute an EAW in this context, Member States ‘must assess whether there is a legitimate interest which would justify the sentence imposed in the issuing Member State being executed on the territory of the executing Member State’. It should be noted that this condition is not expressly set out in the Framework Decision. In the Court’s view, this exception ‘has in particular the objective of enabling the executing judicial authority to give particular weight to the possibility of increasing the requested person’s chances of reintegrating into society when the sentence imposed on him expires’, and therefore that:

... the terms ‘resident’ and ‘staying’ cover, respectively, the situations in which the person who is the subject of a European arrest warrant has either established his actual place of residence in the executing Member State or has acquired, following a stable period of presence in that State, certain connections with that State which are of a similar degree to those resulting from residence.

To assess whether those ‘certain connections’ exist, authorities had to ‘make an overall assessment of various objective factors characterising the situation of that person’, including ‘the length, nature and conditions of his presence and the family and economic connections which he has with the executing Member State’. While immigration law factors (interruptions of stay and non-compliance with immigration law) could be relevant, without creating an automatic presumption,

⁶³ Article 4(6). Until the end of 2008, Austria could also refuse to extradite its own nationals unless dual criminality applied (Article 33(1)), but this transitional rule has obviously now expired. The other optional grounds for non-execution set out in Article 4 are: the residual application of the double criminality rule; a pending prosecution in the executing Member State for the same acts; a decision not to prosecute, or a final sentence, in the executing State, which prevents further proceedings; time-barring of the action in the executing Member State, if it has jurisdiction (on which, see *Gasparini*, fn. 45); a prior judgment for the same acts in a third State, if that judgment has been enforced; or where the executing Member State either regards the acts as taking place within its territory or would not exercise extraterritorial jurisdiction over acts which took place outside the issuing State’s territory.

⁶⁴ Article 5(3). There are also options to request guarantees relating to *in absentia* trials (Article 5(1), now an optional ground to refuse execution pursuant to the new Article 4a, inserted by the 2009 amendments, fn. 7), or as regards life sentences (Article 5(2)).

⁶⁵ Paragraphs 36–54 of the judgment (fn. 14).

⁶⁶ See the Court’s similar approach to interpreting Article 3(2), discussed in [Sect. 3.3](#).

criminal law factors (the commission of crimes in that State or detention in that State following a conviction) were not relevant at all on this point. But the latter factors could be relevant when deciding whether there was a ‘legitimate interest’ in not executing the EAW in the particular case.⁶⁷

Subsequently, in the *Wolzenburg* judgment,⁶⁸ the Court ruled that Member States retain a discretion to permit only *some* categories of nationals, residents or persons staying on the territory to benefit from the possibility of refusing to execute a warrant, on the grounds that allowing a choice for Member States to limit the scope of the exception would further the underlying objectives of the Framework Decision by bringing more people within its scope. However, this discretion was constrained by the principle of equal treatment of EU citizens who were nationals of other Member States, which meant that Member States at the very least had to treat EU citizens who had permanent residence status in that State the same as that State treated its own citizens.⁶⁹ EU citizens who had not yet obtained that status could be treated differently (ie not benefiting from the exception) because they were not in a similar position to nationals of the host State, as regards reintegration in the society of that State after serving their sentence, since they were not highly integrated into that State in the first place.

Next, the Court was asked in the *IB* case which rule applied (the optional refusal to execute an EAW issued for the purpose of prosecution, or the possible guarantee to return a person after a trial) when an EAW had been issued after an *in absentia* trial.⁷⁰ Given that the Framework Decision (at the time) provided for a possible separate guarantee that a person can request a retrial following an *in absentia* judgment,⁷¹ it could be argued that both or neither rule applied—since in one sense the trial had not yet happened yet, but in another sense it had. The Court ruled simply that in light of the possible request for a retrial following an *in absentia* judgment, such cases must be covered by the guarantee to return a person after a trial, and that the latter guarantee could co-exist with the possibility to request a retrial.⁷²

Finally, the Court has been asked in a pending case to clarify further the rules on the optional refusal to execute an EAW if the executing Member State undertakes to enforce the sentence passed in the issuing Member State, as regards an EU citizen who has moved to the host State from another Member State.⁷³ In this case the host State protects its own citizens only in such cases, conflicting with the obligation to treat permanent residents equally under EU law established in the

⁶⁷ See also the opinions in *Koslowski*, paras 159–172, and *Wolzenburg* (fn. 14), paras 84–86.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ This principle applies to the entirety of the Framework Decision, not just to Articles 4(6) and 5(3): see paras 43–46 of the *Wolzenburg* judgment (*ibid.*).

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Article 5(1), since replaced by Article 4a following the 2009 amendments (fn. 7). The Court has been asked to interpret the revised rules on this issue in the pending *Melloni* case (*ibid.*).

⁷² Note that the Schengen *ne bis in idem* rules, and therefore Article 3(2), apply to *in absentia* judgments: *Bourquain* (fn. 52).

⁷³ *Lopes da Silva Jorge* (fn. 14).

Wolzenburg judgment. But the Member State concerned lacks any domestic legal framework for enforcing sentences against non-nationals in this scenario.⁷⁴

In future, these provisions in the EAW Framework Decision will interact closely with the later Framework Decision on the recognition of custodial sentences, once this latter measure is implemented by Member States.⁷⁵ Indeed, this Framework Decision includes express reference to EU free movement law and other immigration law measures.⁷⁶

When assessing the Court's case-law on these issues, it must be kept in mind that the relevant provisions of the Framework Decision to some extent constitute vestigial remnants of Member States' traditional refusal to extradite their own nationals.⁷⁷ This is reinforced by the Court's judgment in *Wolzenburg*, which accepted that Member States might still impose a blanket refusal to surrender their own citizens to serve a sentence already imposed by another Member State, presumably meaning that they may also insist upon the return of all their nationals following a future trial in any other Member State (provided in each case that such Member States enforce any sentence imposed). While the Court refused to demand that Member States treat all other EU citizens the same way as their own nationals, it did significantly insist that Member States must treat all other EU citizens *who had obtained permanent residence* the same way as their own nationals. This aligns the position of EU citizens as regards the EAW with their position as regards certain social benefits,⁷⁸ and also means that the Court's case-law on the interpretation of the relevant provisions of the so-called 'citizens' Directive' have a particular importance here.⁷⁹ In turn this case-law raises the reverse question of whether the criminal activity of a person can prevent the acquisition or lead to the loss of enhanced residence status.⁸⁰ The link between these EAW rules and the substance of EU citizenship can be justified not only in light of the wording of the specific provisions of the Framework Decision, but also in light of the underlying

⁷⁴ See Article 5(1)(a) ECHR, which requires that the detention of persons after conviction for a criminal offence must have a legal basis.

⁷⁵ Footnote 6, referred to in para 72 of the *Wolzenburg* judgment. See particularly Article 25 of and recital 12 in the preamble to that Framework Decision. For information on implementation of that measure as of March 2012, see Council doc. 6345/12, 21 Mar. 2012. The withdrawn *Kita* case (fn. 14) had asked questions about the relationship between the EAW and the rules on the transfer of sentenced persons before the application of that measure.

⁷⁶ Recitals 15 and 16 of the preamble, and Articles 4(1), 4(7) and 6(2) of that Framework Decision (*ibid*).

⁷⁷ On this issue, see the opinions in: *Kozłowski*, paras 40–112; *Wolzenburg*, paras 121–144; and *Lopes da Silva Jorge* (all fn. 14). See generally Glerum and Rozemond 2009.

⁷⁸ See Article 24 of Directive 2004/38 (OJ 2004 L 158/77) and also Case C-158/07 *Förster* [2008] ECR I-8507, which the Court expressly referred to in para 69 of the *Wolzenburg* judgment.

⁷⁹ See Cases: C-162/09 *Lassal*, judgment of 7 Oct. 2010; C-325/09 *Dias*, judgment of 21 July 2011; and C-424/10 and C-425/10 *Ziolkowski*, judgment of 21 Dec. 2011 (none yet reported).

⁸⁰ See the judgment of 23 Nov. 2010 in Case C-145/09 *Tsakouridis*, not yet reported, particularly para 34, and the Opinion of 6 Mar. 2012 in Case C-348/09 *I*, pending.

ethos of the original proposal for an EAW—that citizenship of the *Union* should mean the end of unlimited special protection for nationals of a *Member State*.⁸¹

While the Court has been criticised for not insisting that Member States treat all EU citizens the same way as their own nationals,⁸² the distinction between established residents and non-established residents—and conversely, the requirement to treat established residents the same as citizens—can be justified on the basis of the principle of reintegration (in the sphere of criminal law) referred to by the Court in *Kosłowski* and *Wolzenburg*. Clearly nationals will in principle have the capacity to reintegrate as a rule, and so will established residents; but non-established residents will not. Put another way, it is implausible to argue that a national of Member State A who has moved to Member State B solely in light of the criminal proceedings underway in the first Member State will have a better chance of ‘reintegrating’ into Member State B than Member State A after any criminal sentence has been served. Anyway, once the criminal proceedings are over, if the offences are not that serious, or if the person concerned is not convicted at all, he or she will still be able to exercise the right of free movement to Member State B if he or she wishes.

However, the Court can reasonably be criticised for not considering the possibility that some persons would be sufficiently integrated into the host State’s territory even if they did not have permanent residence there,⁸³ and conversely that not all nationals of the State concerned could automatically be presumed to be integrated. The latter presumption could perhaps only be defended if it were justified in light of the unrestricted immigration law status of citizens in their own State.⁸⁴

More broadly, the Court’s emphasis on the principle of reintegration, while laudable in terms of criminal law policy, undermines its separate assumption in the *Wolzenburg* judgment that widening the application of the EAW as much as possible will necessarily assist to achieve its aims. That assumption fails to take into account the point that any sentence which may be imposed by the issuing State would still, if the relevant provisions of the EAW are applied, have to be served in the executing State. So the criminal law objectives of punishment and deterrence would still be satisfied in either case, and the principle of reintegration would be satisfied better if the person concerned serves his or her sentence in the executing State. The execution of an EAW is not an end in itself, but only a means to an end.

⁸¹ See the original Commission proposal (COM (2001) 522, 19 Sep. 2001).

⁸² See Marin 2011, pp. 721–726.

⁸³ For instance, an EU citizen might have obtained permanent residence in Member State A after twenty years’ stay there, lost that status after two years’ absence, and then returned to Member State A for another four years. Clearly such a person is more likely to reintegrate into society in Member State A than anywhere else.

⁸⁴ See by analogy the judgment of 5 May 2011 in Case C-434/09 *McCarthy*, not yet reported.

4 Conclusions

The case-law of the Court of Justice on the European Arrest Warrant has given particularly satisfactory answers to the issues relating to the *ne bis in idem* exception and the possibility of requesting guarantees in relation to *in absentia* trials. However, the case-law relating to the abolition of dual criminality has left open some fundamental questions concerning the protection of human rights in the context of the EAW, and the jurisprudence on the non-surrender of citizens raises further complex issues on the inter-relationship between the EAW Framework Decision and the legislation on EU citizens' free movement rights and the transfer of custodial sentences. The Court's significant role regarding the EAW to date seems likely to grow further in importance in the future.

References

- Alegre S, Leaf M (2003) *European arrest warrant: a solution ahead of its time?* Justice, London
- Blekxtoon R (ed) (2005) *Handbook on the European arrest warrant*. TMC Asser Press, The Hague
- Cimamonti S (2009) *European arrest warrant in practice and Ne Bis in Idem*. In: Keijzer N, van Sliedregt E (eds) *The European arrest warrant in practice*. TMC Asser Press, The Hague, pp 111–130
- Glerum V, Rozemond K (2009) *Surrender of nationals*. In: Keijzer N, van Sliedregt E (eds) *The European arrest warrant in practice*. TMC Asser Press, The Hague, pp 71–87
- Guild E, Marin L (2009) *Still not resolved? Constitutional issues of the European arrest warrant*. Wolf Publishers, Nijmegen
- Keijzer N, van Sliedregt E (eds) (2009) *The European arrest warrant in practice*. TMC Asser Press, The Hague
- Marin L (2011) 'A spectre is haunting Europe': European citizenship in the area of freedom, security and justice. *Eur Public Law* 17:705–728
- Peers S (2007) *Salvation outside the Church? The development of the EU's third pillar*. *Common Mark Law Rev* 44:883–929
- Peers S (2008) Finally "fit for purpose?" *The Treaty of Lisbon and the end of the third pillar legal order*. *Yearb Eur Law* 27:47–64
- Peers S (2011) *EU justice and home affairs Law*, 3rd edn. Oxford University Press, Oxford
- van Sliedregt E (2009) *The dual criminality requirement*. In: Keijzer N, van Sliedregt E (eds) *The European arrest warrant in practice*. TMC Asser Press, The Hague, pp 51–70
- Wouters J, Naert F (2004) *Of arrest warrants, terrorist offences and extradition deals: an appraisal of the EU's main criminal law measures against terrorism after "11 September"*. *Common Mark Law Rev* 41:909–935

La jurisprudence de la CJ relative au principe *ne bis in idem* : une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale

Anne Weyembergh

Résumé Le présent article étudie la jurisprudence de la CJUE relative à l'interprétation de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen et de l'article 3, 2) de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. Elle vise par là à montrer comment la Cour de justice a analysé les fondements du principe *ne bis in idem* et en a précisé les contours. Les apports et les limites de sa jurisprudence en la matière et en particulier sa contribution au développement de la reconnaissance mutuelle dans le secteur pénal sont mis en exergue.

1 Introduction

Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam le 1^{er} mai 1999 et en dépit des restrictions imposées à sa compétence en matière pénale par l'article 35 TUE, la CJUE (ci-après CJ) a développé une jurisprudence tout à fait essentielle pour l'espace pénal européen.

L'apport de la CJ s'est en particulier révélé primordial concernant les aspects procéduraux de cet espace. A cet égard, on peut distinguer deux pans au sein de sa jurisprudence. Un premier groupe d'arrêtés préjudiciels a trait au rapprochement

L'auteur est Professeur à l'ULB (IEE), Coordinatrice du Réseau académique de droit pénal européen (ECLAN – European Criminal Law Academic Network) et Assesseur à la section de législation du Conseil d'Etat de Belgique.

A. Weyembergh (✉)
Conseil d'Etat de Belgique, Bruxelles, Belgique
e-mail: aweyembe@ulb.ac.be

des droits procéduraux, et plus spécifiquement à l'interprétation de certaines dispositions de la décision-cadre sur le statut des victimes dans le cadre de procédures pénales : il s'agit des arrêts *Pupino*, *Giovanni dell'Orto*, *Katz*, *Gueye and Salmeron Sanchez* et *M.X.*¹ Un deuxième groupe d'arrêts concerne certains mécanismes de coopération judiciaire, et plus précisément le principe de reconnaissance mutuelle. Ceux-ci peuvent se répartir en deux sous-groupes. Il y a, d'une part, les arrêts par lesquels la CJ s'est prononcée sur la validité ou l'interprétation de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres²: il s'agit des arrêts *A.s.b.l. Advocaten voor de wereld*, *Szymon Kozłowski*, *Santesteban Goicoechea*, *Leymann et Pustarov*, *D. Wolzenburg*, *I.B.* et *Mantello*.³ Il y a, d'autre part, la jurisprudence sur le principe *ne bis in idem*, plus précisément sur l'interprétation de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen (ci-après CAAS). C'est aux neuf arrêts relevant de ce second sous-groupe que sera consacrée la présente contribution, à savoir par ordre chronologique, les arrêts *Hüsein Gözütok et Klaus Brügge*, *Miraglia*, *van Esbroeck*, *Van Straaten*, *Gasparini*, *Kretzinger*, *Kraaijenbrink*, *Klaus Bourquain* et *Vladimir Turansky*.⁴ Il sera aussi question de l'arrêt *Mantello* précité, qui porte sur l'interprétation de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et en particulier sur le motif de refus contraignant de reconnaissance fondé sur le principe *ne bis in idem* (article 3, 2).⁵

D'origine ancienne,⁶ le principe *ne bis in idem*, est consacré par de très nombreuses sources. Il est largement reconnu en droit interne,⁷ où il se voit même parfois reconnaître le rang de norme constitutionnelle.⁸ Il est également expressément contenu dans de nombreux instruments internationaux, (sub)régionaux ou bilatéraux. On le trouve dans les principaux textes de protection des droits fondamentaux tels le pacte international des droits civils et politiques (article 14, § 7), le protocole 7 à la convention européenne des droits de l'homme (ci-après la CEDH) (article 4 §

¹ CJ, 16 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03 ; CJ, 28 juin 2007, *Giovanni dell'Orto*, aff. C-467/05 ; CJ, 9 octobre 2008, *Katz*, aff. C-404/07 ; CJ 15 septembre 2010, *Gueye et Sameron Sanchez*, aff. Jointes C-483/09 et C-1/10 et CJ, 21 décembre 2011, *M.X.*, C-507/10.

² Conseil UE, décision-cadre 2002/584/JAI, JO n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1 s.

³ CJ, arrêts du 3 mai 2007, *A.s.b.l. Advocaten voor de wereld*, aff. C-303/05 ; du 17 juillet 2008, *Szymon Kozłowski*, C- 66/08 ; du 12 août 2008, *Santesteban Goicoechea*, aff. C-296/08 PPU ; du 1^{er} décembre 2008, *Leymann et Pustarov*, C-388/08 PPU ; du 6 octobre 2009, *D. Wolzenburg*, aff. C-123/08 ; du 21 octobre 2010, aff. C-306/09, *I.B.* et du 16 novembre 2010, aff. C-261/09, *Mantello*.

⁴ CJ, arrêts 11 févr. 2003, *Hüsein Gözütok et Klaus Brügge*, aff. jointes C-187/01 et C-385/01 ; 10 mars 2005, *Miraglia*, aff. C-469/03 ; 9 mars 2006, *Van Esbroeck*, aff. C-436/04 ; 28 sept. 2006, *Van Straaten*, aff. C-150/05 ; 29 sept. 2006, *Gasparini*, aff. C-467/04 ; 18 juillet 2007, *Kretzinger*, aff. C-288/05 ; 18 juillet 2007, *Kraaijenbrink*, aff. C-367/05 ; 11 décembre 2008, *Klaus Bourquain*, aff. C-297/07 et 22 décembre 2008, *Vladimir Turansky*, aff. C-491/07.

⁵ JO n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1 s.

⁶ A ce sujet, voir notamment Friedland 1969 et Lelieur-Fischer 2005.

⁷ Dans ce sens, voir entre autres Pradel et al. 2009, p. 74.

⁸ Voir notamment l'article 103, § 3 de la loi fondamentale allemande (Grundgesetz, GG).

1^{er}) et la charte des droits fondamentaux de l'UE (article 50), dans les statuts des juridictions pénales internationales⁹ et dans les instruments de coopération judiciaire en matière pénale, comme ceux adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe, de la coopération Schengen, de l'UE ou également dans des traités de coopération bilatéraux.

Soit les instruments de coopération judiciaire pénale mentionnent le principe *ne bis in idem* en tant que motif devant ou pouvant fonder un refus d'accorder la coopération. C'est entre autres le cas de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (article 9), de son protocole additionnel du 15 octobre 1975 (article 2) et de la plupart des instruments de reconnaissance mutuelle de l'Union européenne.¹⁰

Soit les instruments de coopération judiciaire pénale conçoivent et développent le principe *ne bis in idem* comme une des modalités de la coopération, en tant que mode de coopération *per se*, plus précisément de la validité internationale des décisions judiciaires. C'est le cas de la convention européenne du 28 mai 1970 sur la validité internationale des jugements répressifs (articles 53 à 55), de la convention européenne du 15 mai 1972 sur la transmission des procédures répressives (articles 35 à 37), de la convention du 25 mai 1987 relative à l'application du principe *non bis in idem* entre Etats membres de la CEE et des articles 54 à 58 de la CAAS.

En dehors de l'article 50 de la charte des droits fondamentaux, ce sont ces articles 54 et s. de la CAAS qui constituent encore aujourd'hui la principale base légale consacrant le principe *ne bis in idem* au sein de l'Union. L'impact de la CAAS s'est démultiplié vu son effet d'entraînement et l'intégration de l'acquis Schengen dans le droit de l'UE par le traité d'Amsterdam. Alors qu'au départ, cinq partenaires seulement étaient liés, ce sont désormais 31 Etats qui sont en principe liés par les articles 54 à 58 précités, à savoir les 27 Etats membres de l'UE – en ce compris le Royaume-Uni et l'Irlande puisque ces dispositions font partie de celles auxquelles ces deux pays ont décidé d'adhérer¹¹ – ainsi que les quatre pays associés aux accords Schengen (à savoir l'Islande, la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein). L'article 54 a par ailleurs servi de modèle à la plupart des clauses de refus de la coopération et de la reconnaissance mutuelle fondés sur le *ne bis in idem* dans les instruments adoptés subséquemment.

⁹ Voir par exemple l'article 10 du statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, l'article 9 du statut du Tribunal pour le Rwanda ou les articles 17 et 20 du statut de la Cour pénale internationale.

¹⁰ Voir notamment les articles 3, § 2 et 4 § 3 et 5 de la décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (JO n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1 s.), ou l'article 7 § 2 a) de la décision-cadre 2005/214/JAI du 24 février 2005 relative à la reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires (JO, n° L 76, 22 mars 2005, p. 16 s).

¹¹ A ce jour, les dispositions pertinentes de la convention n'ont pris effet qu'à l'égard du Royaume-Uni. Elles ne sont pas encore entrées en vigueur vis-à-vis de l'Irlande.

Bien qu'un réexamen des articles 54 et s. de la CAAS ait été attendu suite à l'adoption du Plan de Vienne¹² et du programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale (ci-après le programme de mesures),¹³ il n'y a pas eu de nouveaux développements législatifs en la matière. Une proposition de décision-cadre avait été présentée par la Présidence grecque (ci-après la proposition grecque).¹⁴ Mais suite au blocage des négociations, le projet a été mis entre parenthèses. De la déclaration du Conseil faite à l'époque, il paraissait ressortir qu'il ne s'agissait là que d'une suspension des travaux.¹⁵ Mais malgré le livre vert de la Commission sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales (ci-après le livre vert),¹⁶ de tels travaux n'ont jusqu'ici pas été relancés.

C'est la Cour qui a fait évoluer le contenu du principe *ne bis in idem* en matière pénale et qui a, par là même, permis de développer le principe de la reconnaissance mutuelle. Nous verrons quels sont les apports de sa jurisprudence en la matière mais aussi quelles en sont les limites. Pour ce faire, nous nous pencherons tout d'abord sur les fondements et les objectifs du principe *ne bis in idem* (1). Nous passerons ensuite à l'examen des contours du *bis* et de l'*idem* (2) ainsi qu'à l'analyse des dérogations et exceptions auxquelles le principe est soumis (3).

2 Le fondement et les objectifs du principe

Elevé au rang de droit fondamental et reconnu comme principe général de droit de l'UE par la CJ dans certains secteurs,¹⁷ le principe *ne bis in idem* interdit de poursuivre et de sanctionner deux ou plusieurs fois une personne pour des actes identiques. Il consiste en une interdiction de l'exercice répété du *ius puniendi*.

Il a plusieurs fondements. Certains valent quel que soit le champ géographique du principe. D'autres sont plus spécifiques au *ne bis in idem* de portée transnationale consacré à l'échelle de l'UE. Après avoir rappelé l'évolution qu'a connue

¹² Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, JO, n° C 19, 23 janvier 1999, p. 1, point 49 e) (c'est nous qui soulignons).

¹³ Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, approuvé par le Conseil JAI du 30 novembre 2000 et publié au JO, n° C 12, 15 janvier 2001, p. 10 et s.

¹⁴ JO n° C 100, 26 avr. 2003, p. 24 s.

¹⁵ Voir la déclaration faite par le Conseil JAI lors de sa réunion du 19 juillet 2004 (communiqué de presse 11161/04 (presse 219), p. 15).

¹⁶ COM(2005) 696 final, 23 décembre 2005.

¹⁷ Voir en matière disciplinaire : CJ, arrêt du 5 mai 1966, *Gutman c. Commission*, aff. 18/65 et 35/65 et, en matière de concurrence, CJ arrêts du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Commission* C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, § 59 et du 29 juin 2006, *Showa Denko/Commission* C-289/04 P, § 50.

la portée spatiale du *ne bis in idem* (2.1), nous envisagerons ses fondements « transversaux » (2.2), puis les fondements spécifiques du *ne bis in idem* transnational développé dans le cadre de l'Union (2.3).

2.1 La consécration d'un principe *ne bis in idem* transnational au sein de l'UE

La plupart des droits internes¹⁸ de même que le protocole 7 à la CEDH et le PICP ne confèrent qu'une portée strictement interne ou nationale au principe. D'autres instruments, et en particulier les instruments de coopération judiciaire en matière pénale lui confèrent une portée transétatique, qui dépasse un seul et même ordre juridique. Un des intérêts majeurs des articles 54 et s. de la CAAS a précisément été de transnationaliser la portée du principe *ne bis in idem* entre partenaires Schengen. L'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'UE a fait de même au sein de l'Union. Elle a ainsi été au-delà de ce que prévoit le protocole n° 7 à la CEDH. Si la charte et la plupart des textes précités de coopération judiciaire se limitent à ne reconnaître au principe qu'une portée transétatique limitée aux Etats membres de l'UE ou aux Etats parties, certains vont encore au-delà et en étendent la portée à des Etats tiers.¹⁹

2.2 Fondements transversaux

Comme l'a rappelé à plusieurs reprises l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer,²⁰ le principe *ne bis in idem* a comme fondements principaux les deux piliers de tout système juridique, à savoir la sécurité juridique, d'une part, et l'équité de même que la proportionnalité, de l'autre.²¹ Au plan de la sécurité juridique tout d'abord, le principe répond à une exigence structurelle de l'ordre

¹⁸ Certains droits internes, comme le droit français ou le droit néerlandais, lui confèrent cependant aussi une portée internationale.

¹⁹ Article 4, § 5 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et article 7 § 2 a) de la décision-cadre du 24 février 2005 relative à la reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires.

²⁰ Dans ce sens, voir ses conclusions du 19 septembre 2002 dans les affaires jointes *Gozütoç et Brügge*, § 48 et s, et du 20 octobre 2005 dans l'affaire *Van Esbroeck*, § 18 et s.

²¹ A ces fondements essentiels viennent s'ajouter des considérations économiques : l'Etat lui-même n'a évidemment aucun intérêt à disperser ses forces en poursuivant plusieurs fois les mêmes auteurs pour les mêmes actes. Le principe *ne bis in idem* permet d'éviter les frais inutiles que représentent des procédures multiples (Ligeti 2009, p. 37 et le livre vert de la Commission qui mentionne les coûts entraînés par des procédures parallèles (p. 3).).

juridique dont la légitimité repose sur le respect de la chose jugée.²² Il est dès lors étroitement lié à la *res judicata*.²³ Admettre des poursuites multiples éroderait considérablement l'autorité de l'Etat et la confiance que les citoyens doivent pouvoir placer en lui, notamment en cas de jugements contradictoires.²⁴ La CJ s'est elle-même prévalu de certaines de ces considérations pour fonder son interprétation du *bis*.²⁵ Au plan de l'équité ensuite, le principe *ne bis in idem* découle du droit à une procédure régulière et à un procès équitable. Il vise à protéger le citoyen face aux éventuels abus par l'Etat et ses autorités de leur *jus puniendi*. L'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer l'a à ce titre analysé « face au *jus puniendi*, comme une émanation de la protection juridictionnelle qui découle du droit à un procès équitable ». ²⁶ Le principe *ne bis in idem* vise aussi à garantir la proportionnalité de la sanction. Des doubles punitions d'une même personne pour un même acte iraient en effet à l'encontre du principe de proportionnalité et du principe de rétribution, qui veut que l'auteur d'un crime soit puni à hauteur de ce crime. C'est en outre la réinsertion de la personne condamnée qui est rendue difficile si celle-ci doit à nouveau être poursuivie et jugée pour les mêmes faits.²⁷

2.3 Fondements spécifiques au principe *ne bis in idem* de portée transnationale consacré à l'échelle de l'UE

Dans sa conception horizontale transnationale, le principe *ne bis in idem* tel que consacré par l'article 54 CAAS conduit à reconnaître l'autorité de chose jugée à des décisions étrangères et est particulièrement représentatif de l'espace pénal européen à mettre en place. Cette dimension transnationale était nécessaire afin de faire face à la multiplication des risques de doubles poursuites générés par l'internationalisation croissante de la criminalité et par l'extension continue du champ de compétence pénale des Etats à travers une multiplication des titres de compétences extraterritoriales notamment. Les travaux cherchant à approfondir l'article 54 CAAS ont été motivés par la volonté de réaliser pleinement l'objectif de mise sur pied d'un espace de liberté, de sécurité et de justice²⁸ et ont logiquement été rattachés au principe de la reconnaissance mutuelle.²⁹

²² Sur ces aspects, voir Vervaele 2005, p. 100.

²³ Pour une mise en question de ce lien, voir Lelieur-Fischer 2005.

²⁴ Dans ce sens, voir notamment Henzelin 2005, p. 347.

²⁵ Voir notamment CJ, Van Straaten, § 59.

²⁶ Dans ce sens voir notamment ses conclusions dans l'affaire Bourquain § 45.

²⁷ Henzelin 2005, p. 347.

²⁸ Voir le plan de Vienne précité, le livre vert de la Commission et la proposition grecque.

²⁹ Voir le programme de reconnaissance mutuelle, le livre vert de la Commission, la proposition grecque.

Ce « rattachement » du principe *ne bis in idem* à l'objectif d'espace de liberté, de sécurité et de justice et au principe de reconnaissance mutuelle a également été opéré par les Avocats généraux dans leurs conclusions³⁰ et par la CJ dans ses arrêts. C'est à l'aune de ces objectifs que l'article 54 a été interprété.

Ceux-ci ont le plus souvent permis de fonder une interprétation large du *bis* et de l'*idem*. Dans plusieurs de ses arrêts,³¹ c'est en particulier sur la confiance mutuelle, qui sous-tend le principe de la reconnaissance mutuelle, que la CJ s'est basée pour donner une telle interprétation extensive. Suivant en cela l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer qui a vu dans la confiance mutuelle « un principe normatif, qui concerne les normes d'interprétation des obligations relatives au 'troisième pilier' en jouant un rôle équivalent à celui du principe de coopération loyale »,³² la Cour s'en est prévaluée pour considérer que l'application de l'article 54 CAAS n'est pas subordonnée à l'harmonisation ou au rapprochement des législations pénales des Etats,³³ La Cour a aussi fondé son interprétation large du principe *ne bis in idem* sur cet autre fondement ou objectif de l'UE qu'est la libre circulation des personnes.³⁴

L'objectif d'espace de liberté, de sécurité et de justice a toutefois également permis à la CJ de mettre des limites au principe *ne bis in idem*. Elle s'est alors principalement prévaluée des aspects liés à la prévention et à une lutte efficace contre la criminalité.³⁵

3 Les contours de l'*idem* et du *bis*

La mise en œuvre du principe *ne bis in idem* suscite de sérieuses difficultés, entre autres parce que les contours de ses deux principaux éléments, à savoir l'*idem* (3.1.) et le *bis* (3.2.) ne se laissent pas aisément cerner. Nous envisagerons successivement ces deux éléments.

³⁰ Voir notamment les conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'aff. *Van Esbroeck*, § 23 où il voit dans l'article 54 « une règle au service de la création d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, objectif de l'intégration européenne ».

³¹ Voir notamment CJ, arrêts *Gozütöc et Brügge*, §33 ; *Van Esbroeck*, § 30 ; *Gasparini*, § 30 ; *Van Straaten*, § 43 ; *Bourquain*, § 37.

³² Conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'aff. *Bourquain* § 45.

³³ Voir à propos des procédures d'extinction de l'action publique, CJ, arrêt *Gozütöc et Brügge*, § 32 ; à propos des jugements rendus par défaut, CJ, arrêt *Bourquain*, § 36.

³⁴ CJ, arrêts *Van Esbroeck*, § 34 et *Van Straaten*, § 46 ; arrêt *Gasparini*, § 27–28.

³⁵ Voir par exemple CJ, arrêt *Miraglia*, § 34 et arrêt *Turansky*, § 43.

3.1 *L'idem*

Concernant l'*idem*, la question centrale est de savoir si cette notion renvoie aux faits matériels (*idem factum* ou *idem* factuel), à leur qualification juridique (*idem crimen* ou *idem* légal) ou encore à l'intérêt juridique protégé.

Le libellé des textes applicables fournit un premier indice ; il varie cependant d'un instrument à l'autre. L'article 54 de la CAAS et l'article 50 de la charte par exemple sont formulés différemment à cet égard. Tandis que, comme la plupart des textes européens de coopération judiciaire, l'article 54 de la CAAS recourt aux termes « les mêmes faits » suggérant par là une prise en compte des seuls faits matériels (*idem* factuel), la charte reprend le libellé de l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH et recourt à l'expression « infraction », laissant penser que c'est au contraire la qualification qui importe (*idem* légal).

Pendant longtemps, quels que soient sa source et son libellé, l'*idem* a été interprété de manière fort variable par la jurisprudence tant interne qu'europpéenne. L'*idem* de l'article 54 de la CAAS a donné lieu à des interprétations divergentes parmi les juridictions nationales, et ce en particulier dans le domaine des stupéfiants.³⁶ Quant à l'*idem* du 7^{ème} protocole additionnel à la CEDH, il a lui aussi été interprété diversement, y compris par la Cour européenne des droits de l'homme.³⁷

C'est dans ce contexte que la CJ est intervenue et a tranché la question en faveur de l'*idem* factuel. Elle s'est prononcée pour la première fois dans ce sens dans son arrêt du 9 mars 2006 à l'occasion de l'affaire *Van Esbroeck*.³⁸ La Cour y déclare que le seul critère pertinent est celui de « l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles », indépendamment de leur qualification juridique et de l'intérêt protégé par la définition des infractions (§ 36). Trois arguments principaux ont mené la Cour à cette conclusion :

- la formulation de l'article 54 CAAS lui-même qui recourt au terme “faits” (§ 27 et 28) ;
- les deux autres critères possibles, à savoir la qualification juridique et l'intérêt protégé, doivent être rejetés parce que et la qualification et l'intérêt juridique protégé peuvent différer d'un État membre à l'autre et que ces divergences éventuelles ne peuvent faire obstacle à l'application de l'article 54 CAAS vu le principe de la reconnaissance mutuelle et la confiance mutuelle, qui sont applicables indépendamment de l'harmonisation (§ 29 à 32) ;

³⁶ Pour des exemples, voir Weyembergh 2004, p. 337 et s.

³⁷ Ainsi, la Cour s'est prononcée en faveur tantôt de l'*idem* factuel (Cour eur. D.H., arrêts du 23 mai 1995 dans l'affaire *Gradinger c. Autriche* et du 2 juillet 2002 dans l'affaire *Göktan c. France.*), tantôt de l'*idem* légal (Cour eur. D.H., arrêt du 30 juillet 1998 dans l'affaire *Oliveira c. Suisse*). Dans un arrêt du 29 mai 2001 dans l'affaire *Franz Fischer c. Autriche*, elle a tenté de concilier les deux approches (à cet égard, voir notamment Vervaele (2005), p. 102 et Karakosta 2009, p. 111 et s.).

³⁸ Pour un commentaire, voir entre autres Mock 2006, p. 635 et s.

- le rejet des deux autres critères est également justifié car, vu l’absence d’harmonisation en ce qui les concerne, ils aboutiraient à entraver l’objectif de l’article 54, c’est-à-dire le droit à la libre circulation (§ 33 à 35).

Selon la Cour, la situation d’espèce est susceptible de constituer un ensemble de faits qui, par leur nature même, sont indissociablement liés (§ 37) mais elle laisse l’appréciation définitive sur ce point aux instances nationales compétentes, en précisant que celles-ci devront déterminer « si les faits matériels en question constituent un ensemble de faits indissociablement liés dans le temps, dans l’espace ainsi que par leur objet » (§ 38).

La CJ a confirmé et précisé cette approche factuelle de l’*idem* à l’occasion de quatre affaires subséquentes : *Gasparini*, (§ 53 et s.), *Van Straaten* (§ 49 et 50), *Kretzinger* (§ 34 et s.) et *Kraaijenbrink* (§ 23 et s.). Relevons que, dans la deuxième affaire, la Cour a notamment déclaré qu’« il n’est pas exigé que les quantités de drogue en cause dans les deux États contractants concernés ou les personnes ayant prétendument participé aux faits dans les deux États soient identiques. Qu’il n’est donc pas exclu qu’une situation dans laquelle une telle identité fait défaut constitue un ensemble de faits qui, par leur nature même, sont indissociablement liés ». Notons aussi que, dans la dernière affaire, la Cour a considéré qu’il ne peut s’agir de “mêmes faits” sur la base du seul constat qu’ils sont reliés par la même intention criminelle. En effet, un lien subjectif entre des faits qui ont donné lieu à des poursuites dans deux États contractants différents n’assure pas nécessairement l’existence d’un lien objectif entre les faits matériels en cause.

Enfin, dans son arrêt *Mantello* du 16 novembre 2010,³⁹ la Cour a étendu l’interprétation autonome extensive qu’elle a donnée de l’*idem* de l’article 54 de la CAAS aux « mêmes faits » figurant dans le motif de refus obligatoire de l’article 3 § 2 de la décision-cadre sur le mandat d’arrêt européen. C’est ce qu’elle a expressément déclaré sur la base de l’objectif commun des deux dispositions consistant à éviter qu’une personne soit à nouveau poursuivie ou jugée au pénal pour les mêmes faits (§ 40).

Dans la mesure où elle donne une interprétation large du principe *ne bis in idem*, favorable aux justiciables, cette jurisprudence de la CJ consistant à retenir l’*idem* factuel a été saluée à juste titre par de nombreux commentateurs. Il y a d’autant plus de raisons de se réjouir qu’elle a inspiré la Cour européenne des droits de l’homme. En effet, se prévalant notamment de la jurisprudence de la CJ et recourant à des formulations analogues, la Cour de Strasbourg a également tranché en faveur de l’*idem factum* dans son arrêt rendu en grande chambre le 10 février 2009 dans l’affaire *Serge Zolotoukhine c. Russie*.⁴⁰ On ne peut malheureusement pas en conclure que l’*idem* est désormais appliqué de manière uniforme par les juridictions européennes. En effet, la CJ elle-même ne retient pas le même critère

³⁹ Pour un commentaire de cet arrêt, voir notamment Weyembergh (2011); Ouwerkerk (2011) p. 1687 et s.

⁴⁰ Pour un commentaire, voir entre autres Mock 2009, p. 867 et s.

dans tous les secteurs. Alors qu'elle n'a retenu que le critère de l'identité des faits matériels dans une procédure disciplinaire relative au droit de la fonction publique,⁴¹ dans le secteur de la concurrence par contre, pour que l'*idem* soit réalisé, la Cour continue d'exiger non seulement l'identité des faits matériels mais également l'identité de l'intérêt juridique protégé. Dans son arrêt rendu le 14 février 2012 dans l'affaire *Toshiba Corporation e.a.*, la Cour n'a pas saisi l'occasion qui lui était donnée de changer d'orientation à cet égard et a continué de se référer à sa jurisprudence antérieure.⁴² Elle n'a ainsi pas suivi les conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott, qui s'inspirant en partie des conclusions de l'Avocat général Eleanor Sharspton dans l'affaire *Gasparini*,⁴³ l'appelait à retenir les mêmes critères d'application dans l'ensemble du droit de l'Union en se « conformant » à l'arrêt *Zolotoukhine*.⁴⁴

Par ailleurs, et si la jurisprudence de la CJ est indiscutablement venue apporter d'importantes et enrichissantes précisions sur les contours de l'*idem*, elle n'a pas répondu à toutes les questions soulevées par cette notion. A cet égard, on relèvera entre autres les multiples interrogations susceptibles d'apparaître quant au degré ou au niveau d'identité factuelle nécessaire. Il découle de l'arrêt *Van Straaten* notamment que l'identité nécessaire ne doit pas être totale. Mais il n'est pas aisé d'identifier le niveau minimal qu'elle doit atteindre pour conclure à l'existence effective de l'*idem factum*. Certes, la Cour oriente les autorités nationales en indiquant que l'ensemble des faits doivent, par leur nature même, être indissociablement liés dans le temps, dans l'espace ainsi que par leur objet. Mais la mise en œuvre de ces critères n'est pas simple dans la pratique et dépendra des spécificités de chaque cas d'espèce. Nul doute que la CJ sera encore souvent appelée à donner des éclaircissements aux autorités nationales en la matière et aura autant d'occasions de poursuivre son œuvre d'interprétation. A ces questions touchant à l'identité des faits viennent s'en ajouter d'autres relatives à l'identité de l'auteur. La question de savoir quels sont les bénéficiaires du principe *ne bis in idem* a été brièvement abordée dans l'affaire *Gasparini*. A cette occasion, la Cour a logiquement précisé que seules les personnes qui ont été définitivement jugées une première fois peuvent tirer profit du principe. Elle s'est à cet égard prévalu de l'objectif d'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'UE.⁴⁵ Bien d'autres interrogations sont susceptibles de surgir à ce sujet, entre autres à propos des personnes morales.⁴⁶ L'article 54 CAAS ne précise rien à cet égard mais utilise le terme général de « personne ». Si l'on admet le principe de la responsabilité

⁴¹ CJ, arrêt du 5 mai 1966, *Gutman c. Commission*, aff. 18/65 et 35/65.

⁴² CJ, arrêt du 14 février 2012 aff. C-17/10, *Toshiba Corporation e.a.*, spéc. § 97.

⁴³ Conclusions de l'Avocat général Eleanor Sharspton en date du 15 juin 2005, § 101.

⁴⁴ Conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott, 8 septembre 2011, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation e.a.*, § 111 et s.

⁴⁵ CJ, arrêt *Gasparini*, § 35 et s.

⁴⁶ A cet égard, voir notamment Roth 2009, p. 125.

pénale des personnes morales, on ne voit pas ce qui permettrait de les exclure du champ du principe.⁴⁷

3.2 *Le bis*

En ce qui concerne l'identification des décisions susceptibles de fonder le *bis*, il y a un consensus pour dire qu'elles doivent être définitives. Mais pour le reste, ce deuxième élément du principe soulève une foule d'interrogations. En voici quelques exemples. En ce qui concerne le contenu de la décision, les décisions de condamnation seules sont-elles couvertes ou également les décisions d'acquiescement? Sur ce point le libellé du principe n'est pas homogène dans les différents instruments qui le consacrent. En ce qui concerne la nature et l'auteur de la décision, plusieurs questions se posent : ne s'agit-il que des décisions adoptées par les cours et tribunaux ou également des décisions des autorités de poursuites et des autorités de police? Les décisions visées doivent-elles avoir donné lieu à une appréciation sur le fond de l'affaire ou peuvent-elles être fondées sur un examen formel? Doivent-elles être judiciaires pénales ou peuvent-elles également être des décisions administratives? Dans quelle mesure faut-il prendre en compte les décisions relevant d'un processus de « justice négociée »?

La CJ a apporté certaines réponses aux questions précitées. À cet égard, cinq décisions méritent d'être citées. Dans trois d'entre elles (les affaires jointes *Gözütok* et *Brügge*, l'affaire *Van Straaten* et l'affaire *Gasparini*), la Cour a opté pour une interprétation large de la notion. Dans deux autres affaires (*Miraglia* et *Turansky*), elle a établi certaines limites.

Les premiers cas où la CJ a interprété largement le *bis* sont les affaires jointes *Gözütok* et *Brügge*.⁴⁸ Les questions préjudicielles posées respectivement par l'*Oberlandesgericht Köln* et le *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne* revenaient à demander à la Cour si le principe *ne bis in idem* consacré à l'article 54 de la CAAS s'applique aussi à des procédures d'extinction de l'action publique telles que les transactions convenues en l'espèce entre les autorités de poursuites et les individus en cause.

Dans sa décision du 11 février 2003, la Cour a répondu que le champ du principe *ne bis in idem* n'est pas limité aux seules décisions définitives rendues par les juridictions pénales mais couvre également les décisions prononcées par les parquets, dès lors que celles-ci mettent définitivement un terme aux poursuites. La

⁴⁷ Dans ce sens, voir d'ailleurs l'application du *ne bis in idem* en droit de la concurrence et la « *Freiburg proposal* » qui identifie plusieurs problématiques en la matière, parmi lesquelles, d'une part, le fait qu'il est parfois malaisé de déterminer si plusieurs entités constituent en fait la même personne morale et, d'autre part, la situation où les destinataires des doubles poursuites ou sanctions sont des entités juridiques différentes, i.e. une personne morale et une personne physique liée à la personne morale (Biehler et al. 2003, p. 9 et s.).

⁴⁸ Pour un commentaire, voir entre autres Vervaele 2005, p. 113 et s. et Fletcher 2003, p. 769 et s.

Cour y déclare ainsi que “le principe *non bis in idem* [...] s’applique également à des procédures d’extinction de l’action publique [...] par lesquelles le ministère public d’un État membre met fin, sans l’intervention d’une juridiction, à la procédure pénale engagée dans cet État, après que le prévenu a satisfait à certaines obligations et, notamment, a acquitté une certaine somme d’argent fixée par le Ministère public” (§ 48). La Cour fonde cette interprétation autonome extensive du *bis* sur trois arguments principaux :

- la décision dont il s’agit émane d’une autorité appelée à participer à l’administration de la justice pénale dans l’ordre juridique concerné et, l’intéressé ayant été sanctionné, il y a bien eu usage du *jus puniendi* (§ 27 à 31) ;
- l’application de l’article 54 n’est pas subordonnée à l’harmonisation des législations pénales des États membres dans le domaine des procédures d’extinction de l’action publique (§ 32) ; il implique une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs et l’acceptation par chacun de l’application du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente (§ 33) ;
- cette interprétation est la seule qui fasse prévaloir l’objet et le but de l’article 54 et de l’UE, c’est-à-dire la libre circulation et l’existence de l’espace de liberté, sécurité et justice (§ 35 et s.)

Pareille interprétation rend bien entendu les termes « jugé » et « jugement » de l’article 54 de la CAAS et de l’article 50 de la charte étriqués et dépassés et correspond mieux à certaines clauses plus larges, comme celle de l’article 4, 3) de la décision-cadre du 13 juin 2002. Dans son livre vert, la Commission suggère d’ailleurs d’abandonner les termes « jugé » ou « jugement » pour parler de « décision définitive ».

Dans l’affaire *Miraglia*, la CJ a mis des limites parfaitement logiques au principe *ne bis in idem*. En l’espèce, des procédures pénales avaient été lancées contre l’intéressé tant en Italie qu’aux Pays-Bas. Le procureur de la Reine n’avait toutefois pas engagé d’action pénale contre le prévenu au motif qu’une action pénale avait été engagée pour les mêmes faits en Italie. Mais les autorités néerlandaises se fondaient sur cette décision pour rejeter la demande d’entraide judiciaire émanant du *Tribunale di Bologna* en se prévalant du principe *ne bis in idem*. Considérant qu’une telle interprétation de l’article 54 de la CAAS conduisait à priver les deux États concernés de toute possibilité d’examiner la responsabilité de l’intéressé, le *Tribunale di Bologna* a posé à la CJ la question de savoir s’il y a lieu d’appliquer l’article 54 de la CAAS lorsque la décision judiciaire adoptée dans le premier État consiste en une renonciation à poursuivre l’action pénale sans aucun jugement sur le fond et sur la seule base que des poursuites ont été engagées dans un autre État. Dans son arrêt du 10 mars 2005, la Cour répond par la négative. Elle considère en effet que l’application de l’article 54 de la CAAS à une telle décision de clôture de la procédure pénale, – « adoptée par les autorités judiciaires d’un État membre en l’absence de toute appréciation du comportement *illicite* reproché au prévenu » (§ 34) – aurait pour effet de rendre plus difficile, voire de faire obstacle à toute possibilité concrète de sanctionner dans les États

membres concernés le comportement illicite reproché au prévenu (§ 33) et qu'une telle approche irait à l'encontre de l'objectif d'espace de liberté, de sécurité et de justice « au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière [...] de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène » (§ 34). Certes, dans cet arrêt, la Cour ne fait pas expressément de l'examen au fond une condition absolue de l'application de l'article 54,⁴⁹ il n'en demeure pas moins qu'il pouvait implicitement être compris comme laissant entendre que la clôture d'une affaire sur la base de règles touchant uniquement à la procédure est insuffisante pour justifier l'application de l'article 54 de la CAAS.

Dans les affaires *Van Straaten* et *Gasparini*, une des questions posées consistait à savoir si une décision d'acquiescement adoptée par une juridiction est susceptible de fonder le *bis*. Les raisons fondant l'acquiescement étaient toutefois différentes : alors que dans la première affaire, il s'agissait d'une décision définitive d'un tribunal néerlandais (*l'Arrondissementsrechtbank te's Hertogenbosch*) par laquelle un prévenu était acquitté pour insuffisance de preuves – qui impliquait donc une appréciation au fond –, dans l'affaire *Gasparini*, il s'agissait d'une décision définitive d'acquiescement prononcée par une juridiction portugaise (le *Supremo Tribunal de Justiça*) pour cause de prescription conformément à la loi pénale de cet État – qui n'impliquait donc pas une appréciation au fond.

Dans son arrêt du 28 septembre 2006 rendu dans l'affaire *Van Straaten*, et suivant en cela les conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer,⁵⁰ la Cour admet la réalisation du *bis*. Pour ce faire, elle invoque trois arguments principaux:

- la formulation de l'article 54 CAAS lui-même, qui ne précise pas le contenu que doit avoir la décision définitive et dont il découle que le "*bis*" ne s'applique pas seulement à des décisions de condamnation (§ 55 et 56) ;
- une interprétation différente porterait atteinte à l'objectif de l'article 54, c'est-à-dire à la libre circulation des personnes (§ 57 et 58) ;
- elle porterait également atteinte aux principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime (§ 59).

Dans son arrêt du 29 septembre 2006, et rejetant par là les conclusions de l'Avocat général Eleanor Sharpston,⁵¹ la Cour admet qu'une décision d'acquiescement fondée sur la prescription et ne reposant donc pas sur une appréciation au fond mais bien sur une question de procédure, puisse aussi fonder le *bis*. Ce faisant, la Cour a privilégié l'« approche procédurale ». A cette fin, elle se prévaut de la lettre de l'article 54 CAAS (§ 23–24), de l'objectif de libre circulation des personnes (§ 27 et 28) et de l'argument fondé sur la confiance mutuelle (§ 29 et 30). Certes, cette décision retient une interprétation autonome large du *bis* et relève plutôt d'une approche favorable à

⁴⁹ Wassmeier 2006, p. 126; Ligeti 2009, p. 40.

⁵⁰ Conclusions de l'Avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer du 18 juin 2006, § 49 et s.

⁵¹ Conclusions de l'Avocat général Eleanor Sharpston du 15 juin 2006.

la fois aux justiciables et à la reconnaissance mutuelle. Il n'en demeure pas moins qu'elle pose question. L'arrêt *Miraglia* et la mention de l'appréciation au fond dans l'arrêt *Van Straaten* (§ 60) aurait pu laisser penser que la Cour allait rejeter la réalisation du *bis* dans cette affaire. La décision surprend d'autant plus que les arguments particulièrement convaincants avancés par l'Avocat général Eleanor Sharpston dans ses conclusions pour défendre « l'approche au fond » n'ont pas été rencontrés par la Cour dans son argumentation. L'Avocat général faisait valoir que cette approche répondait de manière plus fidèle à la logique qui sous-tend le principe *ne bis in idem* et permettait un meilleur équilibre entre les deux objectifs poursuivis : la libre circulation des personnes et l'exercice de ce droit dans un espace de liberté, de sécurité et de justice caractérisé par un niveau élevé de protection et au sein duquel la criminalité est effectivement contrôlée. A cet égard, et pour reprendre les termes de Robert Roth, le critère de l'examen au fond n'est-il pas la digue qui protège contre l'impunité sans fondement?⁵² Enfin, selon Eleanor Sharpston, « l'approche au fond » se trouvait également justifiée par la jurisprudence élaborée jusqu'à présent par la Cour tant en ce qui concerne l'interprétation de l'article 54 CAAS (entre autres l'arrêt *Miraglia*) qu'en matière de droit de la concurrence (notamment l'affaire *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Commission*).

Dans l'affaire *Bourquain*,⁵³ la Cour a notamment précisé que les jugements par contumace ne sont pas exclus du champ d'application de l'article 54 CAAS et sont donc susceptibles de constituer une décision définitive au sens de cette disposition.

Dans l'affaire *Turansky*, la question préjudicielle posée par le *Landesgericht für Strafsachen Wien* consistait à savoir si le principe *ne bis in idem*, consacré à l'article 54 CAAS, s'applique à une décision par laquelle une autorité de police, au terme d'un examen au fond de l'affaire, a ordonné, à un stade préalable à l'incrimination d'une personne soupçonnée d'un délit, la suspension des poursuites pénales. Dans son arrêt du 22 décembre 2008, la Cour n'a pas exclu qu'une décision d'une autorité de police puisse fonder le *bis*. Elle déclare cependant que, pour apprécier si une décision est « définitive », c'est vers le droit de l'Etat dont provient la décision qu'il faut se tourner (§ 35). Or le droit national de l'Etat contractant dont les autorités de police ont pris la décision en cause, à savoir le droit slovaque, ne considère pas cette décision comme mettant définitivement fin à l'action publique (§ 40) ; la Cour en conclut que pareille décision ne saurait dès lors constituer une décision permettant de considérer que cette personne a été « définitivement jugée » au sens de l'article 54 CAAS. De cet arrêt il résulte que le caractère *autonome* d'interprétation de la décision définitive fondant le *bis* a des limites. Comme nous l'avons souligné précédemment, conformément à la définition autonome donnée par la Cour, pour pouvoir être qualifiée de jugement définitif au sens de l'article 54 CAAS, une décision doit mettre fin aux poursuites pénales et éteindre l'action publique d'une manière définitive. Mais c'est le droit national d'où provient ladite décision qui détermine si celle-ci met effectivement

⁵² Roth 2009, p. 128.

⁵³ Pour un commentaire de cet arrêt, voir notamment Kauff-Gazin 2009, p. 24.

fin aux poursuites pénales et éteint l'action publique. Il serait en effet incohérent d'admettre l'application du principe *ne bis in idem* dans le cas où, dans le droit dont elle est issue, la décision adoptée n'est pas définitive au sens de la jurisprudence de la CJ...

Enfin, dans l'arrêt *Mantello*, ayant procédé à une reformulation de la question posée (§ 43), la Cour se prononce également sur le *bis* mais tel que consacré dans le motif de refus contraignant de l'article 3, 2) de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. A ce propos, la CJ déclare notamment que « le caractère 'définitif' d'un jugement visé à l'article 3, point 2, de la décision-cadre relève du droit de l'État membre où ce jugement a été rendu ». Ce faisant, elle applique par analogie les enseignements de l'arrêt *Turansky* (§ 46 et 47). Mais elle va plus loin et en déduit que, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, où l'autorité judiciaire d'émission, en réponse à une demande d'information, a constaté que son jugement précédent ne couvrait pas les faits visés dans son mandat d'arrêt et ne faisait donc pas obstacle aux poursuites visées dans ce mandat d'arrêt, l'autorité judiciaire d'exécution devait tirer toutes les conséquences des appréciations effectuées dans sa réponse par l'autorité judiciaire d'émission. Ainsi, la Cour ne déclare plus simplement qu'il convient de se reporter au droit interne dont provient la décision pour voir si celle-ci met effectivement fin aux poursuites pénales et éteint l'action publique mais, il s'agit ici, contrairement aux conclusions de l'Avocat général Yves Bot,⁵⁴ d'inviter l'autorité d'exécution du mandat d'arrêt européen à se conformer à l'analyse réalisée par l'autorité d'émission, en d'autres termes à lui faire confiance quant à l'analyse concrète de la première décision rendue. La Cour semble de la sorte avoir considérablement étendu la limite mise par elle à l'interprétation autonome de la notion du *bis* dans l'affaire *Turansky*. Elle paraît donner son aval à la philosophie qui sous-tend le principe de la reconnaissance mutuelle et consiste à effectuer l'essentiel des contrôles dans l'Etat d'émission et à éviter autant que possible les doubles vérifications.⁵⁵ La question se pose toutefois de savoir comment concilier cette approche avec la nature contraignante du motif de refus de l'article 3, 2) de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen.

Bien que certains posent question, les éclaircissements donnés par la CJ à travers les arrêts qui précèdent sont essentiels. Toutes les interrogations relatives aux décisions susceptibles de fonder le *bis* n'ont cependant pas été tranchées. A ce propos, on relèvera l'intérêt de certaines affaires pendantes telles que l'affaire *Bonda*, qui ne porte pas sur l'interprétation de l'article 54 CAAS mais bien sur l'application de l'article 50 de la charte et devrait donner à la Cour l'occasion de se prononcer de manière approfondie sur le point de savoir à quelles conditions une

⁵⁴ Conclusions de l'Avocat général Yves Bot du 7 septembre 2010.

⁵⁵ Dans ce sens, voir Weyembergh 2011, p. 177 et s; Weyembergh 2012.

procédure a un caractère pénal ou quasi-pénal et entraîne l'application du principe *ne bis in idem*.⁵⁶

4 Les limites à l'application du principe et les exceptions ou dérogations permises

Nous envisagerons successivement les limites apportées à l'application du principe en cas de décision de condamnation (4.1.) et les exceptions et dérogations permises (4.2.).

4.1 *Les limites à l'application du principe : les conditions liées à l'exécution d'une décision définitive de condamnation*

Comme d'autres instruments, et moyennant parfois certaines variations terminologiques, l'article 54 CAAS *in fine* met des limites à l'application du principe *ne bis in idem* lorsque les décisions définitives sont des décisions de condamnation. Dans ce cas, il ne s'applique en effet qu'à la condition que « la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation ».

Ces limites soulèvent une série de questions. La Cour répond à certaines d'entre elles dans deux de ses arrêts interprétant l'article 54 CAAS, à savoir les arrêts *Kretzinger* et *Bourquain*. Ainsi, elle a par exemple estimé, dans son arrêt du 18 juillet 2007 rendu dans l'affaire *Kretzinger*, qu'une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis, en ce qu'elle pénalise le comportement illicite d'une personne condamnée, constitue une sanction au sens de l'article 54 CAAS. Ladite peine doit être considérée comme étant « actuellement en cours d'exécution » dès que la condamnation est devenue exécutoire et durant la période d'épreuve. Ensuite, une fois la période d'épreuve achevée, la peine doit être considérée comme « ayant été subie » au sens de cette même disposition (§ 42 et s.). Dans ce même arrêt, la Cour a, par contre, jugé que, au sens de l'article 54 CAAS, la sanction prononcée par une juridiction d'un État contractant ne peut pas être considérée comme « ayant été subie » ou « actuellement en cours d'exécution » lorsque le prévenu a été brièvement mis en garde à vue et/ou en détention provisoire et lorsque, selon le droit de l'État de condamnation, cette privation de liberté doit être imputée sur l'exécution ultérieure de la peine d'emprisonnement (§ 52).

Par ailleurs, l'on peut se demander comment concilier les restrictions précitées avec la charte des droits fondamentaux de l'UE qui, comme le protocole n° 7 à la

⁵⁶ Affaire C-489/10 (voir les conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott rendue le 15 décembre 2011).

CEDH, n'en prévoient pas. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que, pour rappel, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la charte s'est vu élevée au rang de droit européen primaire et est dès lors, dans la hiérarchie des normes, d'un niveau supérieur à la CAAS. Ces limites sont-elles conformes à son article 50? L'article 52 § 1 de la charte admet des limitations aux droits consacrés mais uniquement si elles satisfont à quatre conditions, à savoir légalité, respect du contenu essentiel du principe, nécessité, et proportionnalité. Certaines juridictions nationales se sont d'ores et déjà penchées sur le rapport entre l'article 50 de la charte et l'article 54 CAAS. C'est le cas du *Bundesgerichtshof*, qui, dans une décision du 25 octobre 2010,⁵⁷ considère que les limites précitées sont couvertes par l'article 52 § 1 de la charte, en se basant principalement sur les explications relatives à la charte des droits fondamentaux fournies par le Présidium de la convention sur l'avenir de l'UE.⁵⁸ Cette approche a été confirmée quelques semaines plus tard dans un cas d'espèce similaire, d'une part, par le *Bundesgerichtshof* via un arrêt du 1^{er} décembre 2010⁵⁹ et, d'autre part, par le *Bundesverfassungsgericht* à travers un arrêt du 15 décembre 2011.⁶⁰ Aucune de ces deux juridictions n'a malheureusement posé une question préjudicielle à la CJ, ce qui était pourtant demandé par l'individu intéressé. Par ailleurs, si l'on peut comprendre la position retenue, les explications précitées fournies par le Présidium – dont le statut est pour le moins controversé – ne permettent pas à notre avis de faire l'économie d'une vérification de la conformité de ces limites aux quatre conditions prévues par l'article 52, § 1^{er}. Si les deux premières (légalité et respect du contenu essentiel du principe⁶¹) nous semblent bien satisfaites, la réalisation des deux dernières (nécessité et proportionnalité) aurait pour le moins pu donner lieu à davantage de précisions.⁶²

4.2 Les exceptions

L'impact du principe *ne bis in idem* est également limité par les exceptions que prévoient certains textes pertinents. Comme la convention de 1987, la CAAS ne consacre plus ces exceptions de manière générale mais les maintient en permettant à toute Partie contractante de déclarer qu'elle n'est pas liée par le principe *ne bis in idem* dans un ou plusieurs des trois cas qu'elle liste. Ceux-ci tiennent pour

⁵⁷ BGH, Beschluss vom 25 Oktober 2010 – 1 StR 57/10, § 6 et s. et spécialement § 13.

⁵⁸ CHARTE 4473/1/00 REV 1, 19 octobre 2000, p. 50 et publiées au JO n° C 303, 14 décembre 2007, p. 17.

⁵⁹ BGH, Beschluss vom 1 Dezember 2010 – 2 StR 420/10.

⁶⁰ BverfG, 2 BvR 148/11, spécialement § 43.

⁶¹ A cet égard, voir le raisonnement tenu dans l'une de ces affaires par le *Landgerichts Aachen* du 23 mars 2010, 52 Ks 10/09.

⁶² En particulier à propos de la condition de nécessité, voir le livre vert de la Commission.

l'essentiel soit au lieu de commission de l'infraction, soit au caractère public de son auteur, soit encore au caractère public de la cible de l'infraction.⁶³

Certes, toutes les Parties contractantes n'ont pas fait ce type de déclaration⁶⁴; il est par ailleurs expressément précisé qu'à tout moment une Partie contractante, qui aurait fait une telle déclaration relative à une ou plusieurs exceptions peut la retirer (article 55 § 3) et que ces exceptions ne s'appliquent pas lorsque la Partie contractante concernée a, pour les mêmes faits, demandé la poursuite à l'autre Partie contractante ou accordé l'extradition de la personne visée (article 55 § 4). Certes, les conséquences choquantes que certaines de ces exceptions peuvent entraîner au plan individuel sont amoindries par la « clause de déduction de la peine » (article 56). Il n'en demeure pas moins que la possibilité de prévoir de telles dérogations et le recours qui y a été fait vident l'article 54 d'une bonne partie de son contenu. En résulte en outre une application à géométrie variable du *ne bis in idem* au sein de l'Union, ce au détriment du principe de la sécurité juridique.

Supprimer ces exceptions est pourtant extrêmement délicat, comme l'ont révélé les négociations et l'abandon de la proposition grecque.⁶⁵ L'on peut toutefois sérieusement se poser la question de savoir si ces dérogations sont conformes à l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'UE. A cet égard, l'on pourrait être tenté d'appliquer le même raisonnement que celui retenu par le *Bundesgerichtshof* et le *Bundesverfassungsgericht* en ce qui concerne les limites prévues par l'article 54 CAAS *in fine*. S'il n'est pas expressément question de l'article 55 dans les arrêts précités du *Bundesgerichtshof*, l'arrêt du *Bundesverfassungsgericht* paraît par contre aller dans ce sens.⁶⁶ Cette approche est logique, si comme ces deux juridictions, l'on se fie aux explications données par le Présidium qui déclarent en général que les exceptions permettant aux Etats membres de déroger au principe *non bis in idem* sont couvertes par la clause horizontale de l'article 52, § 1, sans faire de distinction entre les articles 54 et 55 CAAS. Si, par contre, l'on relativise le statut des explications en question et si l'on procède à un examen approfondi de conformité de ces exceptions aux quatre conditions de l'article 52 § 1^{er} précité, l'on s'apercevra que la réalisation de la condition qui exige que les limitations respectent le contenu essentiel du principe *ne bis in idem* est sujette à caution. Ces dérogations donnent la priorité aux intérêts des Etats et à des considérations liées à la défense de leur souveraineté nationale par rapport aux droits fondamentaux et à la réalisation d'un espace de justice au sein de l'UE.⁶⁷ C'est dans ce contexte, et même si son raisonnement paraît à certains égards « simpliste »,⁶⁸ que la décision rendue par le *Tribunale di Milano* le

⁶³ Voir l'article 55, § 1^{er} de la CAAS cité *supra*. Dans un sens comparable, voy. la convention PIF et celle sur la corruption.

⁶⁴ La Belgique par exemple n'a pas fait usage de la possibilité consacrée par l'article 55 de la CAAS.

⁶⁵ Weyembergh 2004, p. 337.

⁶⁶ (« ...) Damit sind die Article 54 bis 58 SDÜ erfasst (...) » (§ 44).

⁶⁷ Dans ce sens, voir notamment Ligeti 2009, p. 41.

⁶⁸ Voir à cet égard, le commentaire critique adressé par Amalfitano 2012.

6 juillet 2011 nous semble devoir être mentionnée. Se fondant principalement sur l'« applicabilité immédiate et directe » de l'article 50 de la charte, le *Tribunale* écarte l'application des dérogations fondées sur l'article 55 a) CAAS. Lui non plus n'a pas saisi la CJ d'une question préjudicielle, la privant par là d'une opportunité de se prononcer sur le sujet et d'éventuellement conclure à l'invalidité des dérogations de l'article 55 au profit du principe *ne bis in idem*.⁶⁹

5 Conclusion

Par les arrêts précités portant sur l'article 54 CAAS, la CJ a dégagé une interprétation autonome du principe *ne bis in idem*. Comme l'atteste l'arrêt *Turansky*, elle a toutefois pris en compte, dans une certaine mesure, le droit interne des États dont proviennent les décisions susceptibles de fonder le *bis*. Qu'il s'agisse du *bis* ou de l'*idem*, son interprétation autonome va le plus souvent dans un sens extensif, favorable aux justiciables et au principe de la reconnaissance mutuelle en matière pénale. Certes, par les arrêts rendus dans les affaires *Miraglia* et *Turansky*, la Cour a mis certaines limites au principe *ne bis in idem*, fixant de la sorte également des limites à la reconnaissance mutuelle.

A certains égards, cependant, l'approche de la CJ nous paraît poser question. Ainsi, dans l'affaire *Gasparini*, l'on peut se demander si l'application large du *ne bis in idem* et, plus précisément le choix de « l'approche formelle » permet de réaliser un juste équilibre entre le principe de la reconnaissance mutuelle et la libre circulation, d'une part, et la réalisation d'un espace de sécurité où la lutte contre la criminalité et l'impunité est suffisamment effective, d'autre part. En ce qui concerne l'arrêt *Mantello*, l'on peut se demander si l'approche de la Cour consistant à exiger un degré élevé de confiance mutuelle dans le chef de l'autorité d'exécution par rapport aux assertions de l'autorité d'émission permet de réaliser un juste équilibre mais, cette fois, entre d'une part, la reconnaissance mutuelle et l'effectivité de la lutte contre la criminalité et, d'autre part, les considérations liées à la protection des droits fondamentaux. Dans cette affaire en effet il était question non pas du *ne bis in idem* comme mode de coopération *per se* mais comme motif de refus contraignant de l'exécution du mandat d'arrêt européen. L'approche de la Cour favorable à la reconnaissance mutuelle a en quelque sorte joué en défaveur de l'application du principe *ne bis in idem*, ou plus exactement d'un contrôle effectif du respect de ce principe par l'autorité d'exécution.

⁶⁹ Pour un raisonnement analogue intéressant voir CJ, arrêt du 1^{er} mars 2011 affaire *Test-Achat* C-236/09, où elle a déclaré invalide l'article 5, § 2, de la directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, comme étant contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que poursuit cette même directive 2004/113 et incompatible avec les articles 21 et 23 de la charte.

En dépit de ces quelques interrogations ou réserves, la jurisprudence de la CJ en la matière constitue, par les précisions qu'elle apporte, une contribution fondamentale à la mise sur pied d'un espace européen de justice pénale. La Cour poursuivra à l'avenir son œuvre en la matière, et ce de manière plus intense encore que par le passé, compte tenu du renforcement de ses compétences suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. A ce propos, l'on peut entre autres espérer que les juridictions nationales établiront le dialogue avec elle et lui donneront de nombreuses occasions d'intervenir. L'on peut aussi espérer qu'elle veillera à la cohérence du droit de l'Union et que la Cour répondra aux appels qui lui ont notamment été lancés par certains Avocats généraux en mettant fin au manque d'uniformité dans les critères d'application du principe selon les secteurs du droit de l'Union.

Même si ces espoirs devaient être exaucés, la jurisprudence de la Cour ne rendra de toute façon pas superflue une intervention du législateur de l'Union. Une codification de certaines précisions apportées par la Cour dans sa jurisprudence de même que la résolution de certaines interrogations restées sans réponse à ce jour ne seraient certainement pas inutiles. Mais surtout, pareille initiative devrait viser à actualiser ou moderniser le principe *non bis in idem* de manière à le mettre davantage en conformité avec les objectifs qui sont aujourd'hui ceux de l'Union, et ce au plan de l'*idem*, du *bis* mais également au plan des limitations et des exceptions mises ou admises au principe par les articles 54 et s. CAAS. A cet égard, on regrettera qu'aucun des textes programmatiques récents en matière d'espace de liberté, de sécurité et de justice ne mette à l'agenda une initiative législative destinée à développer le principe *ne bis in idem*.⁷⁰ Il n'en est question ni dans les points relatifs aux développements de la reconnaissance mutuelle, ni dans ceux qui concernent le rapprochement des garanties procédurales en matière pénale.⁷¹ Enfin et pour terminer, comme beaucoup l'ont souligné, le principe *ne bis in idem*, bien qu'essentiel, n'est pas la solution à tous les maux. Il intervient en réalité « en aval », lorsqu'un conflit positif de juridiction n'a pu être prévenu et conduit à privilégier le premier Etat qui a agi. Il convient dès lors d'en accompagner les développements par la fixation de critères communs et contraignants de compétence, qui interviendraient en amont et devraient permettre de prévenir les conflits mais aussi de favoriser l'approfondissement du principe *ne bis in idem* lui-même.⁷²

⁷⁰ Voir notamment le silence sur ce point du programme de Stockholm.

⁷¹ Une telle initiative aurait notamment pu trouver sa place dans le cadre de la feuille de route sur les garanties procédurales (pour des regrets à cet égard, voir entre autres Bravo 2011), p. 393.

⁷² Voir notamment le livre vert de la Commission.

Références

- Amalfitano C (2012) Il principio del *ne bis in idem* tra caas e carta dei diritti fondamentali del l'Unione Europea. Cassazione penale, 2012, à paraître
- Biehler A, Kniebühler R, Lelieur-Fischer J, Stein S (éds) (2003) Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union. Freiburg i.Br., Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 36 pp
- Bravo T (2011) Ne bis in idem as a defence right and procedural safeguard in the EU. NJECL 2:393–401
- Fletcher M (2003) Some developments to the ne bis in idem principle in the EU: criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge. Modern Law Rev 769–780
- Friedland ML (1969) Double jeopardy. Clarendon Press, Oxford
- Henzelin M (2005) Le *ne bis in idem*, un principe à géométrie variable. Revue pénale suisse 123:345–382
- Karakosta C (2009) L'article 4 du protocole n° 7: un droit à portée incertaine. In: Braum S, Weyembergh A (eds) Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, pp 111–119
- Kauff-Gazin F (2009) Portée du principe ne bis in idem. Europe 70:24
- Lelieur-Fischer J (2005) La règle *ne bis in idem*. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, Thèse pour le doctorat en droit présentée le 9 décembre 2005 à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 615 p
- Ligeti K (2009) Rules on the application of *ne bis in idem* in the EU. eucrim 1–2:37–43
- Mock HP (2006) « Ne bis in idem » une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg qu'à Strasbourg (Arrêt C-436/04 de la CJ des Communautés européennes, du 9 mars 2005, Leopold Henri Van Esbroeck). Rev trim dr h 67:635–645
- Mock HP (2009) Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits. Rev trim dr H p 867 et s
- Ouwerkerk J (2011) Case C-261/09, Criminal proceedings against Gaetano Mantello. Judgment of the court of justice of 16 November 2010. CMLR 48:1687–1701
- Pradel J, Corstens G et Vermeulen G (2009) Droit pénal européen, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd. 834 pp
- Roth R (2009) Non bis in idem transnational: vers de nouveaux paradigmes. In: Braum S, Weyembergh A (eds) Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen, éd. de l'Université de Bruxelles Bruxelles, pp 121–141
- Vervaele JAE (2005) The transnational ne bis in idem principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights. Utrecht Law Rev 1:100–118
- Wassmeier M (2006) Ne bis in idem. RIDP 77:121–130
- Weyembergh A (2004) Le principe *ne bis in idem*: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen? Cahiers de droit européen, pp 337–375
- Weyembergh A (2011) Les arrêts de la CJUE du 21 octobre 2010 dans l'affaire *I.B.* et du 16 novembre 2010 dans l'affaire *Mantello*. Journal de droit européen 177:71–73
- Weyembergh A (2012) Judicial control in cooperation in criminal matters: the evolution from traditional judicial cooperation to mutual recognition. In: Ligeti K (ed) The future of prosecution in Europe, vol 1, Hart Publishing, Oxford, à paraître

La diversité de la culture juridique européenne et la prise de décision au sein de la Cour de justice de l'Union européenne

Vassili Christianos

Résumé La présente étude a pour objet de proposer une méthode d'approche susceptible de conduire à la mise au point d'un programme de recherche relatif à l'influence de la diversité de la culture juridique européenne sur la prise de décision au sein de la Cour de justice. Cette méthode d'approche a comme point de départ un double constat: d'une part, la diversité de la culture juridique risque de conduire à des divergences quant à l'interprétation du droit de l'Union; néanmoins, ce risque se dissipe à travers l'utilisation de la méthode comparative en se transformant en homogénéité. L'étude conclut que malgré l'existence, au stade actuel, d'une diversité culturelle, l'osmose entre les cultures juridiques au sein de la Cour de justice est susceptible de conduire à l'émergence d'un droit jurisprudentiel commun à l'Union européenne.

Dans son ensemble, la diversité culturelle est une caractéristique inhérente à l'Europe tout en étant un phénomène riche et polymorphe. Au niveau individuel, elle influence les valeurs des européens, leurs convictions personnelles, leurs attitudes et leurs comportements. Au niveau général, elle affecte pratiquement tous les domaines de l'activité humaine, des arts plastiques à l'architecture, de la littérature aux langues, des conceptions philosophiques aux convictions religieuses. Le droit de l'Union européenne ne peut pas échapper à une telle diversité.

Le sujet étant très vaste, je ne suis pas en mesure d'examiner ici l'ensemble des liens susceptibles d'unir le droit de l'Union et la diversité culturelle européenne.

Professeur à la faculté de Droit d'Athènes, directeur du Centre de droit économique international et européen.

V. Christianos (✉)
Université d'Athènes, Athènes, Grèce
e-mail: christianos@christianos.eu

Mon objectif est beaucoup moins ambitieux: il s'agit de proposer uniquement un programme de recherche qui, à mon avis, doit être mis au point par une équipe interdisciplinaire, la raison étant que l'analyse détaillée ne peut pas être entreprise à ce stade par un seul chercheur. En outre, les difficultés de recherche s'accumulent à cause du manque de moyens, dans la mesure où les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : «la Cour») ne font pas apparaître les «*concurring*» ou «*dissenting opinions*» des juges. Cependant, j'essaierai d'examiner uniquement -et cela afin de proposer un programme de recherche plus fouillé- une question très limitée: celle de savoir dans quelle mesure la diversité de la culture juridique des juges de la Cour peut influencer la prise de décision judiciaire.

À cet égard, je présenterai quelques réflexions relatives à la prise de décision au sein de la Cour. Pour des raisons méthodologiques, il convient de noter que des facteurs ayant une autonomie relative par rapport aux facteurs culturels, tels les facteurs psychologiques, sociaux, économiques ou politiques, qui sont aussi susceptibles d'influer sur la décision judiciaire, seront écartés de cette analyse.

En outre, je n'examinerai pas l'influence sur la prise de décision au sein de la Cour de la *culture générale* de ses membres, ni celle de la *spécificité culturelle due à leurs origines professionnelles*, car il s'agit là de questions qui auraient pu faire l'objet d'une recherche beaucoup plus vaste.

En effet, pour ce qui est de la culture générale, il faut dire que chaque juge de la Cour porte en soi un héritage historique, littéraire, philosophique ou autre qui reflète les valeurs, convictions ou opinions qui prévalent dans la société d'où il vient. L'héritage culturel personnel de chaque juge peut profondément affecter la prise de décision au sein de la Cour. Les membres de cette dernière ont vécu – et je ne cite que quelques exemples – sous l'influence de Goethe et de Leibnitz, de Cervantès et de Spinoza, de Hugo et de Voltaire, d'Euripide et d'Aristote, de Shakespeare et de Hume. Quelquefois aussi sous plusieurs influences à la fois. Bien que cette culture générale ne puisse pas passer inaperçue lors des délibérations au sein de la Cour, elle ne fera pas l'objet d'analyse dans la présente étude, faute d'informations en la matière.

Quant à la spécificité culturelle due à l'origine professionnelle de chaque juge, il ne saurait être contesté que chaque «*milieu*» professionnel antérieur forge de manière différente les attitudes des membres de la Cour à l'égard de la prise de décision. En effet, les origines professionnelles influencent à leur tour la prise de décision car, avant d'être nommé membre de la Cour, un juge peut avoir occupé un haut poste administratif ou diplomatique, avoir servi en tant que juge ou professeur de droit ou avoir exercé en tant qu'avocat. Bien que la spécificité culturelle due à la provenance professionnelle puisse être susceptible d'influencer la prise de décision, elle ne fera pas non plus ici l'objet d'une analyse, car elle exige une recherche qui doit être réalisée par une équipe de chercheurs et non pas par une seule personne.

La notion de diversité culturelle a des ramifications. Il reste encore à examiner la *culture juridique spécifique* acquise sur la base du système de droit d'où provient chaque juge de la Cour. C'est cette culture juridique qui fera l'objet du

programme de recherche dont les grandes lignes seront esquissées dans la présente étude.

D'emblée, il faut s'appuyer sur un constat : au regard de la prise de décision, la diversité de la culture juridique risque de conduire à *des divergences* quant à l'interprétation du droit de l'Union (1.). Néanmoins, ce risque de divergence se dissipe en se transformant, sous l'influence de la méthode comparative, en *homogénéité* (2.).

1 De la diversité de la culture juridique à la divergence d'interprétation

À titre liminaire, il faut préciser ici le contenu de l'instrument d'analyse utilisé. Il s'agit de la «*culture juridique*», terme qui signifie non seulement la connaissance par chaque juge de la Cour du système juridique de son propre pays, mais aussi les modèles de pensée juridique ainsi que les modèles de raisonnement judiciaire dominant dans ce pays. En outre, chaque juge de la Cour peut avoir une spécialisation plus poussée dans un domaine de droit : tantôt droit international public, tantôt droit public interne (constitutionnel ou administratif), tantôt droit privé. Enfin, il n'est pas exclu qu'un membre de la Cour puisse, comme on le verra plus loin, être porteur de plusieurs cultures juridiques. Ces paramètres doivent faire l'objet d'une analyse particulière.

La culture juridique spécifique à chaque État membre, outre qu'elle accorde une signification particulière au système juridique de l'État concerné, est susceptible de déterminer ou influencer la façon dont un juge nommé à la Cour *interprète le droit de l'Union* ou *participe à la formation de la jurisprudence de la Cour*.

Quelques exemples peuvent clarifier ces propos : j'utiliserai dans un premier temps la notion bien connue d'*effet direct*.

Rappelons que selon une conception qui semble rester encore en vigueur aujourd'hui et dont les origines remontent à l'étude de J. Winter parue en 1972,¹ l'effet direct est présenté comme créateur de droits subjectifs. Cependant, Winter semble aussi accepter que des dispositions du droit de l'Union sans effet direct créateur de droits subjectifs puissent néanmoins dégager «*certaines effets limités*» qui consisteraient, comme l'a suggéré P. Pescatore dix ans plus tard, à permettre le contrôle de la légalité des mesures prises par les États membres.² La culture juridique spécifique à certains États membres n'est pas étrangère à ces approches.

En Allemagne, l'effet direct est volontiers considéré comme créateur d'un droit subjectif qui souvent serait une condition implicite pour qu'une disposition du droit de l'Union développe un effet direct. Cette approche est liée à la conception

¹ Winter 1972, p. 425 et suiv.

² Pescatore 1983, p. 155 et suiv.

du système allemand de l' «*Individualrechtsschutz*», qui met l'accent sur l'examen de la question de savoir si la disposition en cause a pour objet la protection des droits subjectifs des particuliers.

En revanche, dans les États membres où règne la *common law*, on ne s'occupe pas de détecter dans les dispositions du droit de l'Union la création de droits subjectifs : l'important réside dans l'existence des *remedies*, car ce ne sont pas les droits subjectifs lésés qui sont à la base d'une action en justice, mais ce que l'on appelle la *cause of action*, à savoir la réunion des faits nécessaires pour constituer le support de l'exercice d'une action en justice.³

Cela serait, par ailleurs, susceptible d'expliquer, selon Prechal, la raison pour laquelle la violation du droit de l'Union est abordée, par exemple au Royaume-Uni, comme une *cause of action* autonome, alors que dans les États membres continentaux, la violation du droit de l'Union semble être intégrée au contexte national, du point de vue tant du droit procédural que du droit matériel. Par exemple, la France et la Belgique envisagent la notion d'effet direct liée au contrôle de légalité, la création de droits subjectifs étant une question secondaire; ce qui importerait serait la question de savoir si, objectivement, le comportement de l'État ou des autorités publiques est compatible avec le droit de l'Union.

Un autre exemple est fourni par l'approche différente à laquelle procèdent la famille juridique des droits continentaux et celle de *common law* quant aux faits de l'affaire.⁴ Le juge en provenance de la famille de *common law* commence par examiner les faits et c'est par la suite qu'il essaye de dégager les dispositions à appliquer ou les principes qui régissent l'affaire; au contraire, les juges en provenance de la famille juridique continentale, et notamment du système allemand,⁵ commencent par les principes et c'est ensuite qu'ils essaient d'appliquer les principes aux faits de l'affaire. Il s'agit de la façon de penser connue sous le terme de «*Begriffsjurisprudenz*».

À l'exemple ci-dessus on pourrait ajouter l'approche du réalisme scandinave⁶ représentée par l'école d'Uppsala. En effet, après l'adhésion à l'Union des États nordiques, la Cour est devenue le laboratoire d'une approche différente qui, dans la solution de l'affaire, affiche une préférence pour le réalisme plutôt que pour les principes et la théorie pure.

Cette diversité d'approche, qui a ses origines dans une culture juridique différente, aurait pu, par hypothèse, conduire à des divergences d'interprétation et éventuellement à une absence de cohérence des solutions jurisprudentielles.

Néanmoins, ce phénomène ne saurait se produire et en fait il ne s'est pas produit car les juges de la Cour ne représentent pas, ni ne défendent les particularités culturelles du système juridique de leur État membre d'origine. Une divergence d'interprétation en raison de l'appartenance des membres de la Cour à

³ Prechal 2000, p. 1047 et suiv.

⁴ Edward 1995, p. 549 et suiv.; Wilhelmsson 1997, p. 177 et suiv.

⁵ Hedeman 1933.

⁶ Olivercrona 1939; Ross 1958.

des systèmes juridiques différents n'est pas probable parce que, lors de la délibération, la Cour adopte une *approche comparative* qui aplanit les points de vue divergents et tient compte des points de vue complémentaires.⁷ Ainsi que T. Koopmans l'a dit, «*community law stands at the cross-road of the legal traditions of the member states*»⁸. C'est par cette méthode que la *diversité* juridique peut se transformer en *homogénéité*.

2 Du risque de divergence d'interprétation à l'homogénéité de la jurisprudence

Le droit de l'Union est par excellence le foyer autour duquel se regroupent aujourd'hui au moins trois familles juridiques⁹ : romano-germanique, *common law*, nordique. Cependant, ce regroupement n'est pas statique : il comporte une dynamique qui conduit à une osmose des familles de droit traditionnelles. Cette osmose est facilitée par l'usage de la langue française, élément culturel non spécifiquement juridique, certes, mais qui, en tant que langue de travail, a pu forger, comme l'ont constaté Mancini et Keeling, un *esprit de corps*.¹⁰

Néanmoins, l'instrument fondamental qui produit cette osmose est la méthode comparative, toujours présente non seulement au niveau du choix du législateur de l'Union, mais également de celui du juge. L'on pourrait dire que la Cour constitue, entre autres, un laboratoire spécialisé de regroupement des familles juridiques dans lequel la méthode principale de recherche est la méthode comparative.

Cette dernière ne dissipe pas seulement les risques de divergence dans la prise de décision lorsqu'il s'agit de l'interprétation du droit de l'Union, mais facilite aussi l'acceptation de la jurisprudence de la Cour par les autorités et les juridictions nationales.¹¹

On peut constater que la diversité de la culture juridique ne fait pas obstacle à la prise de décision, mais apparaît plutôt comme un réservoir d'idées et de méthodes qui enrichissent et facilitent même la présentation plus simple des arrêts de la Cour. À cet égard, P. Pescatore avait souligné dès 1980 l'influence de la famille de *common law*, à laquelle le droit communautaire avait emprunté, à l'époque, le *style judiciaire* en abandonnant les «*attendus*» dans la structure et la présentation des arrêts de la Cour ; et du point de vue du *contenu* de ces derniers, cet auteur soulignait que la *common law* avait aussi contribué à ce que la Cour fasse référé-

⁷ Everling 1984, p. 1294 et suiv.; Kakouris 1999, p. 100 et suiv.

⁸ Koopmans 1991, p. 493 et suiv.

⁹ Sur la notion de famille juridique, v. Rodier 1979 et Zweighert and Kötz 1998, p. 69 et suiv.

¹⁰ Mancini and Keeling 1995, p. 397 et suiv.

¹¹ Bena 1983, p. 305 et suiv.; Everling 1984, p. 1294 et suiv.

rence dans ses arrêts à la «*rule of reason*»¹² ou à ce qu'elle justifie sa jurisprudence sur la base de concepts en provenance de la *common law*, telle la doctrine de l'«*estoppel*» (voir arrêt CJCE du 5 avril 1979, Ratti, 148/78, Rec., p. 1629, point 22).

Ce qui corrobore l'idée que la diversité de la culture juridique européenne n'entrave pas la prise de décision au sein de la Cour, c'est que l'échange des points de vue exprimés pendant le délibéré, au stade de la prise de décision, favorise la coopération entre les membres de la Cour et conduit à un pluralisme qui contribue à l'appréciation globale des faits et des questions de droit. Parallèlement, la diversité de la culture juridique au sein de la Cour peut fonctionner d'une manière constructive, dans la mesure où elle est susceptible d'enrichir la décision judiciaire.

En définitive, il semble que la recherche à mener puisse illustrer la façon dont est prise la décision au sein de la Cour par le *concept de pluralisme juridique*. Ce dernier, qui a été utilisé afin de prendre en considération des besoins d'analyse dans le domaine de la sociologie juridique,¹³ convient, à mon sens, pour décrire les conditions dans lesquelles les juges de la Cour décident lors du délibéré.

En effet, au stade actuel, chaque juge est en même temps influencé par l'ordre juridique de l'Union et inspiré par l'ordre juridique de son État membre, qui fait partie des éléments structurels composant l'ordre juridique de l'Union. Ainsi que Merry l'a dit,¹⁴ «*nous obéissons à des espaces juridiques différents, qui sont superposés l'un sur l'autre, s'interpénètrent et sont mélangés tant dans nos esprits que dans nos actions*».

C'est ce «*background*» qui se trouve à l'origine de la prise de décision au sein de la Cour par des juges qui interprètent le droit de l'Union en se positionnant à des niveaux différents, en utilisant des points de vue divers et en se trouvant lors de la délibération en constante interaction.

3 Conclusion

Au vu de ce qui a été exposé ci-dessus, un programme de recherche pourra constater que l'homogénéité de la jurisprudence n'est pas compromise par la diversité de la culture juridique européenne.

Au contraire, l'osmose constatée lors de la prise de décision au sein de la Cour pourrait, malgré l'existence, au stade actuel, d'une indéniable diversité culturelle, conduire à son tour à favoriser, sinon à l'engendrer par mutation, l'émergence pour l'avenir d'un droit jurisprudentiel commun de l'Union européenne.

¹² Pescatore 1980, p. 337 et suiv.

¹³ Curvitch 1983; Carbonnier 1983, p. 17; Teubner 1992, p. 1443.

¹⁴ Merry 1998, p. 873.

Références

- Bena E (1983) Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Entscheidung. *Die öffentliche Verwaltung*, p 305 et suiv
- Curvitch G (1935) L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit (cité par J. Carbonnier dans *Flexible Droit*, 1983, p. 17)
- Edward D (1995) How the Court of Justice works. *Eur Law Rev* 549 et suiv
- Everling U (1984) The Court of Justice as a decision-making authority. *Mich Law Rev* 1294 et suiv
- Hedeman WJ (1933) Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen
- Kakouris CN (1999) L'utilisation de la méthode comparative par la CJCE. In: Drobing U, Van Erp JHM (eds) *The use of comparative law by courts*. Kluwer p 100 et suiv
- Koopmans T (1991) The Birth of European Law at the crossroads of legal traditions. *Am J Comp Law* 493 et suiv
- Mancini GF, Keeling D (1995) Language, culture and politics in the life of the European Court of Justice. *Columbia Law J Eur Law* 397 et suiv
- Merry SE (1998) Legal pluralism. *Law Soc Rev* 873
- Olivercrona K (1939) *Law as fact*, 1st edn. London
- Pescatore J-P (1980) Le recours dans la jurisprudence de la CJCE à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres. *Revue Internationale de Droit Comparé* 337 et suiv
- Pescatore J-P (1983) The doctrine of direct effect: an instant disease of community law. *ELR* 155 et suiv
- Prechal S (2000) Does direct effect still matter? *CMLR* 1047 et suiv
- Rodier R (1979) *Introduction au droit comparé*. Dalloz, Paris
- Ross A (1958) *On law and justice*. University of California Press, Berkeley
- Teubner G (1992) The two faces of janus: rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Rev* 1443
- Wilhelmsson (1997) Jack-in-the-Box Theory of European Community Law. In: *Liber Amicorum N. Reich, Nomos, Baden—Baden* 177 et suiv
- Winter JA (1972) Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in community law. *CMLR* 425 et suiv
- Zweighert K, Kötz H (1998) *An introduction to comparative law*. Oxford 69 et suiv

Direct Taxation and the Free Movement of Persons

Juha Raitio

Abstract Direct taxation in cross-border situations is the core of this article. The lack of Union competence in the sphere of direct taxation may cause problems of interpretation, if the national taxes distort competition and cause discriminatory effects in the internal market. At least the following questions are relevant: how do the national tax systems restrict EU citizens from moving to other Member States and how has the development in the field of EU citizenship affected taxation? For example, exit taxes and tax advantages will be studied on the basis of the case-law of the European Court of Justice.

I am honoured to be chosen as one of the contributors in this anniversary publication. I accepted the invitation to write an article on a theme ‘Free Movement of Persons and Direct Taxation’ rapidly and without hesitation, although I am a specialist in neither European tax law nor EU tax law.¹ From a more general perspective, the theme can be linked to internal market law and the four freedoms, since the unrestrained tax autonomy of the Member States might cause discriminatory effects in the internal market. Often the cases on direct taxation are linked to more than one of the fundamental freedoms. For example, the free movement of

Professor of European Law, University of Helsinki.

¹ Helminen 2009, p. 2. The part of the EU law provisions that may have an effect on taxes is referred to as EU tax law, whereas the European tax law is a broader term covering the effects of the European Convention on Human Rights on taxes in addition to EU tax law.

J. Raitio (✉)
University of Helsinki, Helsinki, Finland
e-mail: juha.rautio@helsinki.fi

persons may be intertwined with freedom of establishment.² I was permitted to decide on the exact title.³ In order to emphasise the issue of direct taxation rather than the free movement of persons, I changed the word order in the original theme.

1 The General Legal Framework of Direct Taxation in the Internal Market

1.1 Lack of Union Competence in Direct Taxation

According to Article 5 TEU Union competence is based on the principle of conferral. EU competence can be exclusive competence or shared with Member States. Shared competence may exist with or without preemption. The customs union belongs within the sphere of exclusive competence of the Union (Article 3(1)(a) TFEU). The remaining indirect or direct taxation which affects cross-border trade between Member States is an internal market issue under Article 4(2)(a) TFEU, which is a shared competence with preemption. This means that as soon as the Union has exercised its competence to regulate a tax matter, the Member States have lost their individual competences to regulate that tax matter to that extent.⁴

The well-known starting point is that Member States have broad sovereignty in the area of direct taxation. The organs of the European Union do not have their own powers of taxation. Each Member State executes its own powers under national law. However, the Member States must exercise their powers of taxation consistently with their obligations under the Treaties and EU legislation.⁵ As Terra and Wattel elaborate:

The Union, incited by Article 113 TFEU to actually use its competence to harmonize indirect taxes, has done so extensively in respect of customs duties and turnover tax. It has only very thriftily used its competence as regards direct taxation, which falls, therefore as the Court puts it time after time in case-law in direct tax cases, 'within the competence of the Member States' to which the Court invariably adds: but they 'must none the less

² See e.g. C-470/04 *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo* (2006) ECR I-7409.

³ Taxation is topical for many reasons, especially due to the political turmoil the European debt crisis has caused to the EU and to the internal market. For example, there has been an ongoing discussion concerning the variations of the so-called Tobin tax on financial transactions. However, my intention is not to dwell on the details and problems of the contemporary EU politics on taxation, but to analyse the case-law of the European Court of Justice.

⁴ Terra and Wattel 2012, p. 9.

⁵ See e.g. C-279/93 *Schumacher* (1995) ECR I-225, para 21 or C-196/04 *Cadbury Schweppes* (2006) ECR I-7995, para 40, in which the Court stated: "According to the settled case-law, although direct taxation falls within their competence, Member States must none the less exercise that competence consistently with Community law."

exercise that competence consistently with Union law', meaning that they should respect the internal market free movement rights of taxpayers, and observe the State aid prohibition.⁶

Therefore, I will emphasise the significance of the European Court of Justice (ECJ) in developing the case-law concerning direct taxation. Even though the Member States have broad powers of direct taxation it is necessary to adopt harmonisation measures even in this field of law.⁷ However, I intentionally omit consideration of the Directives on direct taxation, such as Directive 2003/48/EC,⁸ Directive 2003/49/EC,⁹ Directive 2009/113/EC¹⁰ and Directive 2011/96/EU.¹¹ Instead, I shall focus on the case-law of the Court of Justice which examines the relationship between freedom of movement and direct taxation.

1.2 Direct Taxation, Harmful Tax Competition and the Functioning of the Internal Market

The European Court of Justice is often faced with conflicting norms in the field of taxation. EU tax law or EU law in general, the national tax laws of the Member States and the various tax treaties concluded by the Member States¹² each contain language, concepts and provisions of their own. These sources of law may collide

⁶ Terra and Wattel 2012, pp. 9–10.

⁷ Kaila 2006, p. 1030.

⁸ Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments, OJ L 157, 26.6.2003, p. 38.

⁹ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, OJ L 157, 26.6.2003, p. 49.

¹⁰ Council Directive 2009/133/EC of 19 October 2009 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, partial divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States and to the transfer of the registered office of an SE or SCE between Member States, OJ L 310, 25.11.2009, p. 34. This Directive repealed the former Council Directive 90/434/EEC, which had substantially been amended several times.

¹¹ Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 345, 29.12.2011, p. 8. This Directive repealed the Council Directive 90/435/EEC in the interest of clarity, since further amendments were to be made. Interestingly, in the preamble of the recent Directive it has been expressly noted that the case-law of the ECJ made it necessary to redraft Article 4(3) of the Directive 90/435/EEC, for the purpose of clarifying that the rules referred to therein are adopted by the Council acting in accordance with the procedure provided for in the Treaty. The case referred to was C-133/06 *European Parliament v Council of the European Union* (2008) ECR I-3189.

¹² For example, the significance of the tax treaties (bilateral tax conventions) in the context of free movement of persons comes to the fore in case C-527/06 *Renneberg* (2008) ECR I-7735.

or conflict with each other.¹³ The relationship between these different segments of tax law must be evaluated in order to determine the tax consequences of a cross-border situation. The main purpose of EU tax law is to abolish tax obstacles within the internal market. In practise, this often means that EU law takes precedence over national tax law or provisions of tax treaties. This is especially the case when EU tax law leads to more lenient tax consequences for the tax payer. In the context of direct taxes, this is known as the principle of the most lenient provision.¹⁴

Tax competition can be harmful from the perspective of the functioning and efficiency of the internal market. The extraordinarily beneficial tax provisions of certain Member States may cause tax avoidance in other Member States, which in turn may cause distortions in the internal market. Differential tax treatment can cause fragmentation of capital and labour markets along national borders and hinder the optimal allocation of factors of production. In principle it is permitted for Member States to try to attract economic activity by offering tax regimes which are more favourable than those in other Member States, if this regulatory competition results in the best possible infrastructure and public service at the lowest possible tax cost. This kind of tax competition merely promotes budgetary efficiency for the common good. However, some forms of tax breaks that are not normally available and which are aimed at outdoing competition in a certain sector are often counterproductive and thus harmful. They do not create economic activity, but merely drain it from one jurisdiction to another.¹⁵

Sometimes harmful national tax practises may constitute state aid. Such practices are forbidden under Article 107 TFEU. For example, a tax provision may constitute prohibited state aid if it is special or selective in such a way as to apply only to a certain group of taxpayers.¹⁶ Empirical surveys show the importance of state aid in tax matters. Tax exemptions accounted for 42 % of the share of aid instruments in total aid for industry and services in the Member States in 2008. The adaptation of state aid rules to direct taxation involves sensitive questions of

¹³ Perhaps a somewhat unusual example among the sources of tax law is the Protocol on the Privileges and Immunities of the European Communities, originally annexed to the Treaty establishing a Single Council and a Single Commission of the European Communities, JO 1967, 152, p. 13. This Protocol is still relevant, for example when the determination of the domicile for tax purposes of the spouse of a European Union official is at stake. See the interpretation of the Court in C-270/10 *Gistö*, judgment of 28 July 2011, not yet reported, and information on the national background in Raitio 2010b, pp. 686–692.

¹⁴ Helminen 2009, pp. 5–7.

¹⁵ Terra and Wattel 2012, pp. 198–199.

¹⁶ See e.g. Bacon 2009, pp. 66–69 and cases C-222/04 *Cassa di Disparmio di Firenze* (2006) ECR I-289 and T-210/02 *British Aggregates Association* (2006) ECR II-2789. It is necessary to establish whether the aid is liable to affect trade between Member States and distort competition. Additionally, it is not necessary that the beneficiary undertaking itself is involved in intra-union trade, since aid granted by a Member State to an undertaking may help to maintain or even increase domestic activity, with the result that undertakings established in other Member States have less chance of penetrating the market of the Member State concerned.

economic concerns. Therefore, it is important to find a right balance between political, economic and legal considerations.¹⁷

1.3 Principles, Procedural Autonomy and Direct Taxation

The central objective of an efficiently functioning internal market should be interpreted in the context of EU law as a whole. This requires the examination of other objectives and principles. For example, the principles of conferral and subsidiarity prevent total harmonisation of the direct tax systems of the Member States. Instead, they may only be harmonised to the extent that is necessary for the functioning of the internal market.¹⁸ According to the principle of prohibition of abuse, taxpayers cannot rely on EU law for abusive or fraudulent ends.¹⁹ Typically, the principles of non-discrimination and proportionality²⁰ must also be taken into account when considering the internal market. For example, tax treaties must not include provisions that make tax treaty benefits available only to the nationals of the contracting EU Member State. Such benefits must also be available to the nationals of the other Member States.²¹

The principle of legal certainty also plays a role in EU tax matters. Legal certainty can be understood in many ways.²² In Nordic jurisprudence both *Aarnio* and *Peczenik* examine two aspects of legal certainty.²³ The formal aspect of legal certainty refers to the requirement of eliminating randomness from legal decision-making activity. This aspect reinforces predictability. The substantive aspect of legal certainty requires that the judicial decisions must also be substantially just. This can be called the requirement of acceptability.²⁴ More recent Nordic jurisprudence presents further refinements of the concept of legal certainty.²⁵

The Court of Justice has often emphasised the role of formal legal certainty. Based on settled case-law, the principle of legal certainty requires that rules imposing obligations on individuals or other private parties are clear and precise so

¹⁷ Micheau 2011, pp. 193–218.

¹⁸ Helminen 2009, p. 43.

¹⁹ See e.g. C-367/96 *Kefalas and Others* (1998) ECR I-2843, para 20 and C-373/97 *Diamantis* (2000) ECR I-1705, para 33 and *Fini H* (2005) ECR I-1599, para 32.

²⁰ See e.g. a pending case C-434/10 *Aladzhov*, not yet reported, on proportionality.

²¹ Helminen 2009, p. 49 and C-55/00 *Gottardo* (2002) ECR I-413, paras 20–35.

²² Paunio 2011, pp. 4–8.

²³ See e.g. *Aarnio* 1987, pp. 3–8, 44 and *Peczenik* 1989, pp. 31–35.

²⁴ See *Aarnio* 1997, p. 191.

²⁵ See *Raitio* 2003, pp. 347–387 and *Gustafsson* 2002, p. 1 ff. For example, *Gustafsson* has presented an idea of social acceptability and moral acceptability in the context of substantive legal certainty. My contribution in turn has been the threefold conception of legal certainty, namely the formal, factual and substantive legal certainty, which in practise seems to lead to conclusions similar to those of *Gustafsson*.

that those subject to them are able to ascertain unequivocally what their rights and obligations are and take steps accordingly.²⁶ The mixture of national, international and EU legal sources in the field of direct taxation increases the importance of predictability in judicial decision-making. Therefore one can easily find case-law on direct taxation, internal market and legal certainty. Based on this case-law, even in the context of taxation EU legislation must be certain and its application must be foreseeable by those subject to it.²⁷

The combination of broad national sovereignty in direct taxation and the procedural autonomy of the Member States seem to cause various problems as regards the functioning of the internal market. National procedural autonomy may create problems as regards the enforcement of EU tax law, since enforcement may differ from Member State to Member State. However, the Court has limited this autonomy by setting two general conditions in *Rewe I*²⁸ and *Comet*²⁹:

- (a) the principle of equivalence, i.e. national procedural rules governing the exercise of rights derived from EU law may not be less favourable than those governing the exercise of similar purely domestic rights, and
- (b) principle of effectiveness, i.e. the national procedural rules may not render excessively difficult the exercise of rights conferred by EU law.³⁰

Equivalence and effectiveness embody the general obligation of the Member States to ensure judicial protection of an individual's rights under EU law.³¹ Therefore, in accordance with the well-known principles of equivalence and effectiveness, EU law must be able to benefit from the same procedural rules as would apply to analogous domestic disputes even when the principle of *res judicata* is at stake.³² *Res judicata* in turn is closely connected to legal certainty.³³ Even in the context of direct taxation this interpretation can be linked to the

²⁶ See e.g. C-143/93 *Van Es Douane Agenten* (1996) ECR I-431, para 27.

²⁷ See e.g. C-301/97 *Netherlands v Council* (2001) ECR I-8853, para 43 and C-255/02 *Halifax* (2006) ECR I-1609, para 72.

²⁸ 33/76 *Rewe-Zentral* (1976) ECR 1989.

²⁹ 45/76 *Comet* (1976) ECR 2043.

³⁰ Terra and Wattel 2012, p. 120.

³¹ C-63/08 *Pontin* (2009) ECR I-10467, para 44. These principles apply both as regards the designation of the courts and tribunals having jurisdiction to hear and determine actions based on Union law and as regards the definition of detailed procedural rules.

³² Tizzano and Gencarelli 2011, pp. 273–274, Äimä 2011, p. 96 and e.g. C-453/00 *Kühne & Heitz* (2004) ECR I-837, C-234/04 *Kapferer* (2006) ECR I-2585, C-392/04 & C-422/04 *i-21 Germany & Arcor* (2006) ECR I-8559, C-2/06 *Kempter* (2008) ECR I-411, C-2/08 *Fallimento Olympiclub* (2009) ECR I-7501, C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones* (2009) ECR I-9579 and C-507/08 *Commission v Slovak Republic*, judgment of 22 December 2010, not yet reported. Especially the latter case should be compared from the perspective of *res judicata* with the extraordinary state aid case C-119/05 *Lucchini* (2007) ECR I-6199.

³³ Skouris 2008, pp. 679–695.

contemporary interpretation of the principle of supremacy, which is not that unconditional after all.³⁴

The interpretation adopted in *Rewe I* and *Comet* further implies that time limits for bringing objections or appeals may not distinguish between actions based on national law and actions based on EU law. Nor may they be too short. These requirements are derived from the case-law on legal certainty, the protection of legitimate expectations, and the principle of proportionality.³⁵ Article 19(1) TEU also requires Member States to provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law. It has been suggested that the Court of Justice is today more willing than ever to directly shape national procedural mechanisms as part of an emerging EU procedural standards framework.³⁶ In this sense the scope of national procedural competence seems to be shrinking.

2 How Do the National Tax Systems Restrict EU Citizens from Moving to Other Member States?

Having briefly presented the general legal context of the direct taxation in the EU, the next step is to move on to the sphere of the four freedoms, with the emphasis on the free movement of persons. One may therefore pose a simple question: how may the tax systems of the Member States restrict EU citizens when they attempt to move to other Member States? This question has frequently been analysed by the Court in various contexts.³⁷

³⁴ Dashwood et al. 2011, p. 272. They point out that in certain situations, the imperative of disapplying national rules which are incompatible with provisions of Union law must be balanced against other equally fundamental principles of the Union legal order—such as the need to respect the principle of legal certainty or to protect legitimate expectations.

³⁵ Terra and Wattel 2012, p. 121 and the case-law on legal certainty in the context of transitional periods, e.g. 74/74 *CNTA* (1975) ECR 533, para 44 and C-309/02 *Radlberger* (2004) ECR I-11763, para 81.

³⁶ Van Cleynenbreugel 2012, pp. 90–100.

³⁷ See e.g. 81/87 *Daily Mail* (1988) ECR 5483, C-107/94 *Asscher* (1996) ECR I-3089, C-264/96 *ICI* (1998) ECR I-4695, C-200/98 *X AB and Y AB* (1999) ECR I-8261, C-251/98 *Baars* (2000) ECR I-2787, para 28, C-208/00 *Überseering* (2002) ECR I-9919, C-209/01 *Schilling* (2003) ECR I-13389, C-224/02 *Pusa* (2004) ECR I-5763, para 19, C-520/04 *Turpeinen* (2006) ECR I-10685, para 22 and C-210/06 *Cartesio* (2008) ECR I-9641, paras 112–113.

2.1 Exit Taxes

2.1.1 Exit Taxes in General

Exit taxes cause consequences at the moment a taxpayer moves to another country. For example, such provisions may subject or tax-exempt income to taxation or subject unrealised income or capital gains to taxation. Exit tax provisions may conflict with the four freedoms if they are applied to a taxpayer moving to another Member State or a taxpayer moving assets to another Member State regardless of whether the person is an individual or legal entity. However, it is to be noted that there is a distinction between emigration of legal entities (seat transfer³⁸) and emigration of natural persons.³⁹ Legal entities derive their very existence from a national legal system, which may take away that existence when they transfer their real seat to another Member State. However, natural persons exist irrespective of any particular national law.⁴⁰ Terra and Wattel consider exit taxes a hindrance to the exercise of free movement rights, as they tax something which is not there yet; they require payment of cash which is not available.⁴¹ Exit taxes seem to be a topical subject, since there are a few cases pending at the moment.⁴²

Exit taxes are often related to restrictions of freedom of establishment. They can also be linked to the free movement of persons.⁴³ As regards the freedom of establishment, the Court has correctly stated that the mere fact that a resident company exercises their right of secondary establishment, such as establishing a subsidiary in another Member State, cannot raise a general presumption of tax evasion.⁴⁴ Even though an EU Member State could be justified in levying exit

³⁸ See e.g. 81/87 *Daily Mail* (1988) ECR 5483, 208/00 *Überseering* (2002) ECR I-9919 and C-210/06 *Cartesio* (2008) ECR I-9641.

³⁹ See e.g. C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* (2004) ECR I-2409 and C-470/04 *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo* (2006) ECR I-7409.

⁴⁰ Terra and Wattel 2012, p. 957.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 955–956.

⁴² *Ibid.*, p. 968, in which they refer to case numbers C-269/09, C-38/10, C-64/11, C-301/11 and C-261/11.

⁴³ See e.g. C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* (2004) ECR I-2409, C-411/03 *Sevic Systems* (2005) ECR I-10805, C-470/04 *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo* (2006) ECR I-7409, C-210/06 *Cartesio* (2008) ECR I-9641 and C-371/10 *National Grid Indus*, judgment of 29 November 2011, not yet reported. It is important to note, though, that not all tax cases concerning freedom of establishment can be categorised as exit taxes, as demonstrated by the judgment in C-231/05 *Oy AA* (2007) ECR I-6373.

⁴⁴ See e.g. C-196/04 *Cadbury Schweppes* (2006) ECR I-7995. However, a national measure restricting the freedom of establishment may be justified on the ground of prevention of abusive practices where it specifically relates to wholly artificial arrangements aimed at circumventing the national tax legislation.

taxes, such taxes often breach the principle of proportionality, since a less restrictive measure might have been available.⁴⁵

2.1.2 Emigration of Individuals

The problem of exercising national competences in the area of direct taxation and the permissibility of such taxation in relation to the free movement of persons has led to several Court of Justice rulings during the last decades. Deductions from income caused several issues of interpretation in the early 1990s.⁴⁶ One of the first cases was *Bachmann*,⁴⁷ in which the Court allowed Belgium to refuse deduction of annuity contributions paid to a German insurer despite the fact that payments to life insurance companies established in Belgium were deductible.⁴⁸ This restricts the free movement of persons, capital and freedom to provide services. The Court of Justice therefore had focus on the justifications for such restrictions.

In Mr. Bachmann's case the insurance company was outside Belgian taxing jurisdiction. Bachmann lived in Belgium only on a temporary basis. After his return to Germany, Belgium could not recapture the deductions or tax the future annuity benefits. The justification for such a restriction to free movement rights was the need to ensure the cohesion of the tax system and the effectiveness of fiscal control.⁴⁹ Additionally, the prevention of tax evasion and the effectiveness of fiscal supervision are often linked together in this context of public interests.⁵⁰ Without dwelling on the details of the *Bachmann* case, one can state that it contains certain outdated and disproportionate elements, especially as far as the tax deductibility of cross-border pension insurance contributions and the justification concerning tax cohesion are concerned.⁵¹ Modern case-law tends to examine the free movement of persons and services from the perspective of proportionality rather than a preoccupation with the cohesion of national tax systems.

The case *De Lasteyrie du Saillant*⁵² concerned the transfer of tax residence to another Member State.⁵³ In that case the Court disqualified as disproportionate the

⁴⁵ Helminen 2009, p. 59.

⁴⁶ See e.g. C-204/90 *Bachmann* (1992) ECR I-249 and C-300/90 *Commission v Belgium* (1992) ECR I-305.

⁴⁷ C-204/90 *Bachmann* (1992) ECR I-249.

⁴⁸ Kaila 2006, pp. 1032–1034 and Terra and Wattel 2012, p. 957.

⁴⁹ See C-204/90 *Bachmann* (1992) ECR I-249, paras 17, 18, 28, 33 and 35 and in the same tone in the subsequent C-300/90 *Commission v Belgium* (1992) ECR I-305, paras 10 and 11.

⁵⁰ Reich 2012, pp. 99–100. Reich actually criticises the flexibility of proportionality arguments in the context of ineffective EU tax legislation.

⁵¹ See e.g. Terra and Wattel 2012, p. 957 and cases C-279/93 *Schumacher* (1995) ECR I-221, C-436/00 *X & Y v Riksskatteverket* (2002) ECR I-10829 and C-150/04 *Commission v Denmark* (2007) ECR I-1169. Mr. Bachmann was denied deduction too early.

⁵² C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* (2004) ECR I-2409.

⁵³ Weber 2011, pp. 892–893.

condition of a security payment required in order to avoid paying the exit tax immediately upon emigration. *De Lasteyrie* concerned a French resident who moved to Belgium, taking along a substantial holding in a French company. He was taxed for the difference between the real value of the shares and their purchasing price. He did not need to pay the amount due, if he would be able to provide a security. His shares were not accepted as security, so a bank guarantee was considered to be necessary by the French tax authorities. If Mr De Lasteyrie would not sell his shares within five years after emigration, the exit tax assessment and the security would be cancelled. This is understandable from the perspective of national fiscal interests and the prevention of tax evasion. To be more precise, on the basis of the so-called U-turn argument, it is not acceptable if the French shareholders could temporarily move abroad solely to sell off their share practically tax-free and then return back to France. However, the Court found that if the prevention of the tax evasion was the aim of the national measure, it was disproportionate. The measure categorically affected every emigrant, irrespective of whether he would try to avoid French capital gains tax and irrespective of whether he would return to France.⁵⁴ In general, the Court seems to object the obstacles such as payment or security that arise at the moment of emigration.⁵⁵

As regards the contemporary case-law on exit taxes, the case C-470/04 *N*⁵⁶ is illustrative, since it combines the interpretation of free movement of persons (Article 21 TFEU), freedom of establishment (Article 49 TFEU) and direct taxation. The judgment in the case *N* demonstrates that taxation at the moment of emigration is not prohibited as such. The facts of the case related to a Dutchman who emigrated to the United Kingdom. He left the Netherlands with shares in companies based in the Netherlands Antilles. *N* was issued a tax bill on the unrealised capital gains. A security for payment was originally required by the tax authorities, but subsequent to the *De Lasteyrie* judgement, the Netherlands government cancelled the security requirement. The Court of Justice accepted the exit tax as appropriate in principle. However, given the existence of the mutual assistance Directives 77/799/EEC⁵⁷ and 76/308/EEC⁵⁸ the Court considered a

⁵⁴ Terra and Wattel 2012, pp. 958–959.

⁵⁵ See e.g. C-513/03 *Van Hilten—van der Heijden* (2006) ECR I-1957.

⁵⁶ C-470/04 *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo* (2006) ECR I-7409.

⁵⁷ Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, OJ L 336, 27.12.1977, p. 15. It is to be noted, though, that the Directive 77/799/EEC is now repealed by Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative co-operation in the field of taxation, OJ L 64, 11.3.2011, p. 1.

⁵⁸ Council Directive 76/308/EEC of 15 March 1976 on mutual assistance for the recovery of claims resulting from operations forming part of the system of financing the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund, and of the agricultural levies and custom duties, OJ L 73, 19.3.1976, p. 18. After the publication of the ruling in the *N v Inspecteur* case, this Directive was codified by the Council Directive 2008/55/EC of 26 May 2008 on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measures, OJ L 150, 10.6.2008, p. 28 and finally repealed by Council Directive 2010/24/EU of 16 March 2010

collateral requirement to be disproportionate.⁵⁹

I find it both illustrative and accurate how Terra and Wattel have concluded the outcomes of the described case-law on exit taxes. Exit taxation is compatible with free movement rights provided that

- (a) no current payment is required, nor security for future payment
- (b) recovery for the assessment establishing the claim is stayed until the realisation of the assets or redemption of the policy, and
- (c) account is taken of decreases in value after emigration, just as in case of a non-emigrant.⁶⁰

The principle of legal certainty also supports an exit assessment which does not have any other significance than as notice of the establishment of the latent tax at the moment of emigration.

2.2 Equality in Social and Tax Advantages

Another important line of cases that may hinder the free movement of persons relates to national differences in social and tax advantages. Article 7(2) of Regulation 1618/68 ensures the equality for EU workers and provides that they shall enjoy the same social and tax advantages as national workers. The concept of a tax advantage is relatively clear,⁶¹ whereas the concept of a social advantage has caused problems of interpretation.⁶² An example of the old case-law concerning free movement of workers and tax advantages is the *Biehl* case,⁶³ in which the Court pointed out that the principle of equal treatment with regard to remuneration

(Footnote 58 continued)

concerning mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures, OJ L 84, 31.3.2010, p. 1.

⁵⁹ Terra and Wattel 2012, pp. 960–961.

⁶⁰ *Ibid.*, 961. However, criterion (c) has been subsequently interpreted in a case of corporate emigration, C-371/10 *National Grid Indus*, judgment of 29 November 2011, not yet reported.

⁶¹ See e.g. Joutsamo et al. 2000, p. 472.

⁶² See e.g. 63/76 *Inzirillo* (1976) ECR 2057, 65/81 *Reina* (1982) ECR 33, 137/84 *Mutsch* (1985) ECR 2681 and 316/85 *Lebon* (1987) ECR 2811. Later the issue of social advantage has often come to the fore in the context of EU citizenship and Article 18 EC (now Article 21 TFEU), for example in cases C-85/96 *Martínez Sala* (1998) ECR I-2691, C-224/98 *D'Hoop* (2002) ECR I-6191, C-184/99 *Grzelczyk* (2001) ECR I-6193, C-138/02 *Collins* (2004) ECR I-2703, C-456/02 *Trojani* (2004) ECR I-7573 and C-209/03 *Bidar* (2005) ECR I-2119. About the recent case-law on social advantage, see e.g. C-269/07 *Commission v Germany* (2009) ECR I-7811 (whether a savings-pensions bonus was a social advantage disputed) and C-206/10 *Commission v Germany*, judgment of 5 May 2011, not yet reported (allowances to the disabled was agreed by the parties as a social advantage).

⁶³ C-175/88 *Biehl* (1990) ECR I-1779.

would be rendered ineffective if it could be undermined by discriminatory national provisions on income tax.

The *Cristini* case⁶⁴ illustrates what is meant by the concept of a social advantage. *Cristini* concerned an Italian widow with four children living in France. In this case French legislation provided that in families of three or more children, the parents and each child under the age of 18 years should receive a personal identity card entitling them to a discount on the scheduled fare charged by French railways.⁶⁵ According to the Court, Article 7(2) must be interpreted as meaning that it refers to all social and tax advantages, whether or not attached to the contract of employment. The discount card for large families was considered a social advantage for Member State workers, even if the advantage is sought after the worker's death, and benefits his family remaining in the same Member State rather than the worker himself. During that time of economic recession and national protectionism in the mid-1970s, I consider this ruling to be an example of the humane approach adopted by the Court. This empathetic ruling can be founded on Article 7(2) and the general legal framework for the free movement of workers.⁶⁶

It has been aptly noted in the legal literature that the assessment of the existence of indirect discrimination in relation to tax advantages might well be more complicated than in relation to social advantages, since taxes are inherently territorial.⁶⁷ Therefore in some cases a residence requirement linked to tax advantages might be compatible with the Treaty, since residents and non-residents are not in comparable situations in relation to direct taxation. The Court has traditionally considered that the income received in the territory of a Member State by a non-resident is in most cases only a part of his total income, which is concentrated at his place of residence. Moreover, a non-resident's personal ability to pay tax, determined by reference to his aggregate income and his personal and family circumstances, is more easy to assess at the place where he has his usual abode.⁶⁸ *Terra* and *Wattel* put this in the following way: "The *Schumacker* line of case-law is based on the points of departure that (i) all Member States take account, in their taxation of income of natural persons, in a more or less comparable manner, of personal ability to pay, and that therefore (ii) the exercise of the Treaty freedoms by a natural person

⁶⁴ 32/75 *Cristini* (1975) ECR 1085. In this case, the Court departed from an interpretation adopted in case 76/72 *Michel S* (1973) ECR 457. According to the latter case, Article 7(2) concerned only benefits connected with employment.

⁶⁵ Dashwood et al. 2011, pp. 517–518.

⁶⁶ See e.g. Craig and de Búrca 2011, p. 749, in which they interpret the outcome of the *Cristini* case-law as follows: "The rationale of the ECJ's broad interpretation was, at its most fundamental, to ensure that nationals and workers from other Member States, including their families, were treated equally. The Court was not willing to tolerate an EU in which migrant workers were treated as second-class citizens in the Member States where they worked."

⁶⁷ Dashwood et al. 2011, p. 519.

⁶⁸ See e.g. C-279/93 *Schumacker* (1995) ECR I-225, paras. 31-32, C-391/97 *Gschwind* (1999) ECR I-5451, para 22 and C-87/99 *Zurstrassen* (2000) ECR I-3337, para 21.

may not have the effect of depriving that person of any of the factors taking that ability into account.”⁶⁹ The *Schumacker* case-law has lately been extended to other factors determining the ability to pay, such as negative income from a personal dwelling or other losses in the home Member State.⁷⁰ Additionally, Terra and Wattel seem to criticise the Court’s *Schumacker* case-law for leading to imbalances, arbitrary and unfair results and new discriminations, demonstrated by the *Renneberg* case⁷¹ in particular.⁷²

However, there are a few cases in which the Court has scrutinised tax regimes to ensure that there is no discrimination. For example, in *Zurstrassen*⁷³ national tax legislation provided that spouses could make a joint tax declaration if they were resident in the national territory. In this case a Belgian husband worked and resided in Luxembourg and the rest of the family continued to stay in Belgium. His wife was not earning and was not liable to tax in Belgium. Mr. Zurstrassen received almost all his income in Luxembourg.⁷⁴ Nevertheless, he was treated as a single person in Luxembourg and was prevented from making a joint tax declaration on the basis of the fact that his wife was not resident in Luxembourg. The Court held that this is indirect discrimination on grounds of nationality and therefore against Article 7(2) of the Regulation 1618/68 as well as Article 39(2) EC (now Article 45(2) TFEU), since nationals of Luxembourg were more likely to reside in Luxembourg.

3 Citizenship of the Union and Taxation

Finally, I shall try to change the level of abstraction and examine how developments in the field of free movement of persons have affected taxation, direct taxation in particular. It is often observed that the focus of free movement case-law has shifted from the free movement of workers to the freedom of movement of Union citizens.⁷⁵ Rosas and Armati have listed seven categories to illustrate the

⁶⁹ Terra and Wattel 2012, pp. 993–994.

⁷⁰ See e.g. C-152/03 *Ritter-Coulais* (2006) ECR I-1711 and C-182/06 *Lakebrink* (2007) ECR I-6705.

⁷¹ C-527/06 *Renneberg* (2008) ECR I-7735.

⁷² Terra and Wattel 2012, pp. 101–103 and 994. One can indeed question whether the *Renneberg* case belongs to the *Schumacker* line of cases, since Mr. Renneberg did not earn almost his entire income from the Member State he resided, but he earned a significant amount of his (on balance negative) income in another Member State. The *Renneberg* case seems a step in the direction of national tax treatment of non-resident individuals.

⁷³ C-87/99 *Zurstrassen* (2000) ECR I-3337.

⁷⁴ *Ibid.*, para 23.

⁷⁵ See in Finland only, e.g. Raitio 2010a, pp. 497–530, Rosas 2007, pp. 49–90 and Sankari 2011, pp. 23–301. One can in this respect compare, for example, the cases 41/74 *van Duyn* (1974) ECR 1337 and C-520/04 *Turpeinen* (2006) I-10685.

case-law on EU citizenship, namely cases concerning social benefits, taxation, access to University education, fees paid to private schools, language rights in criminal proceedings, the right to a family name and data protection.⁷⁶ Indeed, there are relatively many cases in which Article 18 EC or Article 21 TFEU on EU citizenship has been interpreted.⁷⁷ Additionally, citizenship of the Union plays a role in the modern case-law⁷⁸ interpreting Regulation (EEC) 1612/68⁷⁹ or Directive 2004/38/EC.⁸⁰

Rosas and Armati have given the cases C-403/03 *Schempp*⁸¹ and C-76/05 *Schwarz and Gootjes-Schwarz*⁸² as examples of taxation in the context of Article

⁷⁶ Rosas and Armati 2010, p. 139.

⁷⁷ See a non-exhaustive list of cases on EU citizenship, e.g. C-85/96 *Martínez Sala* (1998) ECR I-2691, C-224/98 *D'Hoop* (2002) ECR I-6191, C-184/99 *Grzelczyk* (2001) ECR I-6193, C-413/99 *Baumbast* (2002) ECR I-7091, C-60/00 *Carpenter* (2002) ECR I-6279, C-109/01 *Akrich* (2003) ECR I-9607, C-200/02 *Chen* (2004) ECR I-9925, C-224/02 *Pusa* (2004) ECR I-5763, C-441/02 *Commission v Germany* (2006) ECR I-3449, C-456/02 *Trojani* (2004) ECR I-7573, C-209/03 *Bidar* (2005) ECR I-2119, C-403/03 *Schempp* (2005) ECR I-6421, C-408/03 *Commission v Belgium* (2006) ECR I-2647, C-258/04 *Ioannidis* (2005) ECR I-8275, C-406/04 *De Cuyper* (2006) ECR I-6947, C-520/04 *Turpeinen* (2006) I-10685, C-76/05 *Schwarz & Gootjes-Schwarz* (2007) ECR I-6849, C-192/05 *Tas-Hagen*, (2006) ECR I-10451, C-11/06 & C-12/06 *Morgan & Bucher* (2007) ECR I-9161, C-212/06 *Gouvernement Wallon* (2008) ECR I-1683, C-353/06 *Grunkin & Paul* (2008) ECR I-7639, C-499/06 *Nerkowska* (2008) ECR I-3993, C-524/06 *Huber* (2008) ECR I-9705, C-33/07 *Jipa* (2008) ECR I-5157, C-158/07 *Förster* (2008) ECR I-8507, C-208/07 *von Chamier-Glisczinski* (2009) ECR I-6095, C-228/07 *Petersen* (2008) ECR I-6989, C-544/07 *Rüffler* (2009) ECR I-3389, C-127/08 *Metock* (2008) ECR I-6241, C-34/09 *Zambrano*, judgment of 8 March 2011, not yet reported, C-56/09 *Zanotti*, judgment of 20 May 2010, not yet reported, C-155/09 *Commission v Hellenic Republic*, judgment of 20 January 2011, not yet reported, C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, judgment of 22 December 2010, not yet reported, C-345/09 *van Delft et al.*, judgment of 14 October 2010, not yet reported, C-391/09 *Wardyn*, judgment of 12 May 2011, not yet reported, C-434/09 *McCarthy*, judgment of 5 May 2011, not yet reported, C-240/10 *Schulz-Delzers*, judgment of 15 September 2011, not yet reported, C-430/10 *Gaydarov*, judgment of 17 November 2011, not yet reported and C-434/10 *Aladzhev*, judgment of 17 November 2011, not yet reported.

⁷⁸ See e.g. C-310/08 *Ibrahim* (2010) ECR I-1065, C-480/08 *Teixeira* (2010) ECR I-1107, C-145/09 *Tsakouridis*, judgment of 23 November 2010, not yet reported, C-162/09 *Lassal*, judgment of 7 October 2010, not yet reported, C-325/09 *Dias*, judgment of 21 July 2011, not yet reported, C-424/10 and C-425/10 *Jiolkowski et al.*, judgment of 21 December 2011, not yet reported and C-256/11 *Dereci*, judgment of 15 November 2011, not yet reported.

⁷⁹ Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, OJ No L 257, 19.10.1968, p. 2.

⁸⁰ Directive 2004/38/EC of European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, OJ No L 158, 30.4.2004, p. 77 and Corrigendum OJ No L 229, 29.6.2004, p. 35.

⁸¹ C-403/03 *Schempp* (2005) ECR I-6421.

⁸² C-76/05 *Schwarz & Gootjes-Schwarz* (2007) ECR I-6849.

21 TFEU.⁸³ Both concerned deductions from income tax in a cross-border situation. In *Schempp* the Court had to consider the deductibility from taxable income of maintenance paid by a taxpayer resident in Germany to his former spouse resident in Austria. I think the lesson to be learned from *Schempp* is that disparities in the tax legislation of the Member States may infringe the principle of non-discrimination, but do not necessarily do so. If an EU citizen transfers his activities to a Member State other than that in which he previously resided, the Treaty offers no guarantee that such a transfer will be neutral as regards taxation.⁸⁴ So long as the citizen who moves is treated under the law of the Member State equally to the citizen who has not moved, EU law does not require that their tax treatment in the destination state be as favourable as it was in the state of departure. EU law does not require Member States to conclude bilateral tax treaties, to prevent double taxation, or even to adapt their tax system to that of the other Member State as long as Member States do not treat the cross-border position less favourably than the comparable domestic position.⁸⁵

However, there are a few cases on taxes in which the Court seems to have emphasised the rights of the Union citizens more than the fiscal interests of the Member States.⁸⁶ For example, in the *Turpeinen* case⁸⁷ the Court took a relatively integration-friendly stance towards the taxation of retirement pensions in cross-border situations. In so far as the retirement pension paid in a Member State constitutes all or almost all of a citizen's income, non-resident retired persons are, according to the Court, objectively in the same situation as regards income tax as retired persons resident in that State who receive the same retirement pension. As regards *Turpeinen* case, Terra and Wattel have pointed out that in the subsequent case *N*⁸⁸ the Court decided that case on the basis of establishment rather than residence.⁸⁹ However, I am not sure whether the cases *Turpeinen* and *N* are comparable in that regard. In my opinion it is relevant that Ms. *Turpeinen* was neither active in business nor as a worker, but merely spent time as a pensioner under the Spanish sun. Mr *N* on the other hand was a retired Dutch gentleman, who emigrated to UK and held all shares in his limited liability companies in the Netherlands Antilles.

There are interesting recent cases on income tax legislation and Union citizenship.⁹⁰ However, the free movement of persons does not protect only

⁸³ Rosas and Armati 2010, p. 139.

⁸⁴ See also C-365/02 *Lindfors* (2004) ECR I-7183 on neutrality.

⁸⁵ Terra and Wattel 2012, p. 45.

⁸⁶ *Ibid.* and C-224/02 *Pusa* (2004) ECR I-5763. It can be questioned in the context of *Pusa* whether the Court had in fact penalised Finland for its internal market-friendly approach to preventing double taxation.

⁸⁷ C-520/04 *Turpeinen* (2006) I-10685.

⁸⁸ C-470/04 *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo* (2006) ECR I-7409.

⁸⁹ Terra and Wattel 2012, p. 45.

⁹⁰ See e.g. C-544/07 *Rüffler* (2009) ECR I-3389, C-56/09 *Zanotti* (2010) ECR I-4517 and C-240/10 *Schulz-Delzers*, judgment of 15 November 2011, not yet reported.

against income taxes which are restrictions. The general tax system can also cause difficulties for free movers. For example, the case of *Commission v Hellenic Republic*⁹¹ concerned conditions for an exemption from transfer tax on the first purchase of immoveable property in a cross-border situation and the interpretation of Articles 12, 18, 39 and 43 EC (now Articles 18, 21, 45, 49 TFEU, respectively). In the case of *Aladzhov*⁹² the Court was faced with a Bulgarian prohibition on leaving national territory because of non-payment of a tax liability. The Court had to balance the various interests on the matter. According to Article 27(1) of Directive 2004/38/EC,⁹³ restrictions on the freedom of movement of Union citizens may be adopted on grounds of public policy. The Court accepted the Bulgarian prohibition as a rule of public policy but noted that such measures must be intended to respond in exceptional circumstances to a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of the society and that the objective thus pursued may not serve solely economic ends. Perhaps this case illustrates the increasing trend of problems of interpretation in cases which involve both taxation and EU citizenship.

4 Taxation of a Civis Europeus: A Conclusion

It seems that as the freedom of movement for persons has developed and its scope of application has become broader, the nexus between free movement and discriminatory taxes imposed on EU citizens has grown. This can be shown with reference to the case-law on Article 21 TFEU in particular. However, a more profound understanding of taxation in cross-border situations might be achieved by approaching the issue from two different angles, namely the development of direct taxation on the one hand and the development of EU citizenship on the other. This combination may provide some surprises. For example, the circumstances in *N*⁹⁴ might lead to different emphasis in results following an application of one of these approaches. This impression is reinforced by comparing *N* with the judgments in *De Lasteyrie du Saillant*⁹⁵ and *Turpeinen*.⁹⁶

⁹¹ C-155/09 *Commission v Hellenic Republic*, judgment of 20 January 2011, not yet reported.

⁹² C-434/10 *Aladzhov*, judgment of 17 November 2011, not yet reported.

⁹³ OJ No L 158, 30.4.2004, p. 77. Article 27 provides that freedom of movement can be restricted on grounds of public policy, public security and public health, but these grounds shall not be invoked to serve economic ends.

⁹⁴ C-470/04 *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo* (2006) ECR I-7409.

⁹⁵ C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* (2004) ECR I-2409.

⁹⁶ C-520/04 *Turpeinen* (2006) I-10685.

References

- Aarnio A (1987) *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. D. Reidel Publishing Company, Dordrecht
- Aarnio A (1997) *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Ashgate, Aldershot
- Bacon K (2009) *European Community law of state aid*. Oxford University Press, Oxford
- Craig P, de Búrca G (2011) *EU law, text, cases and materials*, 5th edn. Oxford University Press, Oxford
- Dashwood A, Dougan M, Rodger B, Spaventa E, Wyatt D (2011) *Wyatt and Dashwood's European Union law*, 6th edn. Hart Publishing, Oxford
- Gustafsson H (2002) *Rättens polyvalens; En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*. Studies in sociology of law nr. 14, Lund
- Helminen M (2009) *EU tax law—direct taxation*. IBDF, Amsterdam
- Joutsamo K, Aalto P, Kaila H, Maunu A (2000) *Eurooppaoikeus*, Third revised edition. Kauppakaari, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki
- Kaila H (2006) Euroopan yhteisöjen perusvapaudet ja kansallisten verojärjestelmien johdonmukaisuus Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa, *Defensor Legis* No 6/2006, pp 1030–1043
- Micheau C (2011) State aid and taxation in EU law. In: Szyszczak E (ed) *Research handbook on European state aid law*. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, pp 193–218
- Paunio E (2011) Beyond words. The European Court of Justice and legal certainty in multilingual EU law. *Unigrafia*, Helsinki
- Pecczenik A (1989) *On law and reason*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht
- Raitio J (2003) *The principle of legal certainty in EC law*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht
- Raitio J (2010a) *Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat*, toinen painos, Talentum, Helsinki
- Raitio J (2010b) KHO:2010:37—Oikeusvarmuus ja ensisijaisuus, *Defensor Legis* No 1/2010, pp 686–694
- Reich N (2012) How proportionate is the proportionality principle? Some critical remarks on the use and methodology of the proportionality principle in the Internal Market Case Law of the ECJ. In: Micklitz H-W, De Witte B (eds) *The European Court of Justice and the autonomy of the Member States*. Intersentia, Cambridge, pp 83–111
- Rosas A (2007) *Henkilöiden vapaa liikkuvuus*. In: Ojanen T, Haapea A (eds) *EU-oikeuden perusteita II—aineellisen EU-oikeuden aloja ja ulottuvuuksia*. Edita Publishing Oy, Helsinki
- Rosas A, Armati L (2010) *EU constitutional law: an introduction*. Hart Publishing, Oxford
- Sankari S (2011) *Legal reasoning in context. The Court of Justice on Articles 17 and 18 (20 and 21 TFEU) 2000–2008*. Juvenes, Helsinki
- Skouris V (2008) *Aspects de la Sécurité Juridique dans la Récente Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*. In: Aalto E, Vihervuori P, Jääskinen N (eds) *Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta—Högsta Förvaltningsdomstolen 90 år*, Keuruu, pp 679–695
- Terra BJM, Wattel PJ (2012) *European tax law*, 6th edn. Wolters Kluwer, Croydon
- Tizzano A, Gencarelli B (2011) *Union law and final decisions of national courts in the recent case law of the Court of Justice*. In: Arnulf A, Barnard C, Dougan M, Spaventa E (eds) *A constitutional order of states? Essays in EU law in honour of Alan Dashwood*. Hart Publishing, Oxford
- Van Cleynenbreugel P (2012) Judge-made standards of national procedure in the post-Lisbon constitutional framework. *EL Rev* 37(1):90–100
- Weber D (2011) *European direct taxation. Case law and regulations*, vol 2, 3rd edn. Wolters Kluwer, Croydon
- Äimä K (2011) Ajankohtaista eurooppaoikeutta verotuksen alalta, *Defensor Legis* No 1/2011, pp 93–103

Part IV
The Union in the World

L'Union dans le monde

“It Shall Contribute to ... the Strict Observance and Development of International Law...”

The Role of the Court of Justice

Pieter Jan Kuijper

Abstract This contribution seeks to analyse the contribution of the European Court of Justice (ECJ) to the European Union’s duty to contribute to the strict observation and development of international law (Article 3.5 TEU). The introduction shows that the ECJ’s hands were largely tied by some basic provisions of the Treaties on the question of the hierarchy between international law and Union and national law, as well as on the relation between Member State agreements pre-dating Union law and Union law itself. Hence the contribution concentrates on the ECJ’s view of two issues: (1) the reception of different forms of international law (treaty law and customary law) in Union law and (2) the position of Union primary and secondary law in relation to these different forms of international law. Ways of dealing with these issues, such as harmonious interpretation and direct effect, are briefly touched upon. Finally, brief sections are devoted a few special issues, such as the place of agreements concluded by the Member States in areas of Union competence, without the Union being capable of also adhering to them.

1 Introduction

The title’s programmatic statement from Article 3(5) TEU, which appears for the first time in the Treaty of Lisbon, enjoins all of the European Union and its institutions to contribute to the strict observance and development of international

Professor Dr. P. J. Kuijper, University of Amsterdam.

P. J. Kuijper (✉)
University of Amsterdam, Amsterdam, The Netherlands
e-mail: P.J.Kuijper@uva.nl

law. The Court of Justice, however, has a special responsibility in this regard, since it may from time to time be in a position to correct the other institutions and the Member States if they, inadvertently or not, stray from the path of strict observance of international law. The Court performs this task within the framework of a limited number of treaty articles that, apart from the programmatic provisions of Articles 3(5) and 21(1) and (2) TEU,¹ were already essentially there in the Treaty of Rome.

As is common knowledge, neither the new programmatic provisions nor the older treaty articles contain an explicit statement about the relation between international law and Union law. Thus it is important to reflect for a moment on what these older articles foreshadow about that relationship, provisionally casting a veil of ignorance over the Court's case-law.

First of all there is Article 47 TEU² on the personality of the Union, which, together with the programmatic articles, makes perfectly clear that the Member States imagined that the EU would be an important independent actor on the international scene. Combined with the Court's early case-law on the Member States having created a new legal order of international law,³ this profiled the Community as a somewhat State-like actor.

Secondly, Articles 37 TEU and 216 TFEU⁴ on the treaty-making power of the Union stand in direct relation to various provisions which grant treaty-making powers in specific domains of exclusive or shared competence, which have grown considerably in number since the Treaty of Rome.⁵ International agreements are concluded by the Council under the TEU and, under the TFEU, in most cases by the Council with prior approval by Parliament. Since conclusion takes place by acts of secondary law, this implies that international agreements of the Union are below the rank of "the Treaties." On the question whether later Union law can displace earlier Union agreements, the second paragraph of Article 216 states that agreements of the Union bind the institutions of the Union *and* the Member States. There is no hint anywhere in this article or in the provisions of the Treaty on the legislative procedures—whether in the Treaty of Lisbon or its predecessors—that this binding force is in any way restricted in time. Hence Union agreements at first sight have binding force for the Union and the Member States in relation to all

¹ Article 21(1) states that "respect for the principles of the United Nations Charter and international law" are among the principles "by which the Union's action on the international scene shall be guided". Article 3(5) has recently been referred to for the first time by the Court in Case C-366/10 *Air Transport Association of America et al. v Secretary of State for Energy and Climate Change* (ECJ, 21 December 2011), para 101. Since this contribution concentrates on the contribution of the Court, it is based primarily on case-law, not on the literature.

² Originally Article 210 of the Treaty of Rome.

³ ECJ, Case 26/62 *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR I. It is to be noted that already briefly afterwards in ECJ, Case 6/64 *Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 585, the words "of international law" disappeared.

⁴ Originally Article 228 (1) of the Treaty of Rome.

⁵ They can be found in such Articles as 166(3), 167(3), 168(3), 171(3), 186, 191(4) TFEU.

national and Union legislation, whether from before or after the date of entry into force of an agreement concluded by the Union.

Thirdly, there is Article 218(11) TFEU⁶ that lays down a special procedure before the Court of Justice in order to find out whether an envisaged agreement between the Union and third States is “compatible with the Treaties”. If the opinion of the Court on such question is adverse “the agreement envisaged may not enter into force unless it is amended or the Treaties are revised.”⁷ Hence, in principle “the (EU) treaties” are superior to agreements concluded by the Union.

Finally the TFEU contains two provisions, Articles 350 and 351,⁸ that say something about the relation between “the Treaties” and treaties of the Member States, either *inter se* or with third States. By implication Article 350 on the Benelux Economic Union states that *inter se* agreements between Member States can only be tolerated, if they are outside the scope of “the Treaties” because of their objectives or otherwise. Article 351 protects the principle of “*res inter alios acta*”, even where it concerns “the Treaties”. However, the constitutional character of the Union already shone through in 1958, insofar as that article also provided that the principle could not be respected forever and that Member States needed to take all appropriate steps to eliminate the incompatibilities. This clearly established a certain measure of supremacy of Union law over all the treaties of the Member States with third States.

In short, these provisions dating back to the Treaty of Rome said nothing explicit about whether international agreements of the EU should be considered to be part of Union law or would need transformation. Nevertheless, they made the fundamentals of the hierarchical relationship already quite clear. Such international agreements would be below the rank of “the Treaties”, but above Union secondary law.⁹ All Member States’ agreements with third States needed sooner or later to be in conformity with Union law.

The Court’s contribution to “the strict observance and development of international law”, therefore, is to be found primarily in the construction of the way in which international law was to be “received” in Community and Union law and in the development of the notion of hierarchy that was already present in the Treaty of Rome. Hence the development of the Court’s case-law with respect to the “reception” and the “hierarchy” questions, will be analysed below both for treaty law (including the binding decisions of international organisations and so-called treaty bodies) and for general international law, in particular customary international law. In addition there will be a brief analysis of how these two branches of international law, given their rank, have been used by the Court: as mere aid to

⁶ Originally Article 228(1) of the Treaty of Rome.

⁷ Note the plural “the Treaties” which implies that also agreements concluded under the CFSP (Article 37 TEU) may be caught by it.

⁸ Articles 233 and 234 in the Treaty of Rome.

⁹ There is nothing surprising about this since most Member States follow that rule. Only the Dutch Constitution provides for the possibility that a treaty, insofar as it contains directly effective provisions, may prevail over the Constitution. See Article 94 Dutch Constitution.

interpretation of Union law or also for setting aside incompatible provisions of Union or national law, more in particular at the request of private or corporate persons (“self-executing” or “direct effect”)?

Moreover, there are a number of specific issues that deserve special attention. Therefore, the position of the treaties of the Member States with third States will be discussed, in particular law-making treaties to which all or nearly all Member States are parties, but the Union is not. Finally, the treatment reserved by the Court for binding judgments of international courts established by treaties binding on the EU, such as the Law of the Sea Tribunal and the WTO panels and Appellate Body, deserves some special treatment.

2 General Questions

2.1 *The Reception of International Law*

If the Treaty of Rome said nothing about the way in which international law is or becomes part of the law of the Union, it was crystal clear about the reception *Union law* should be accorded in the national law of the Member States. Direct applicability, laid down in Article 288 TFEU, meant that Member States are subject to direct incorporation of at least EU Regulations. It is not far-fetched to assume that this provision must have had some influence on how the Court decided that international law should be treated in its relation to Union law.

Indeed the Court took the view that international law was automatically part of the law of the Union (of the “law of the land” to borrow words of Article VI of the US Constitution). In many ways this was not an evident position to take, since two of the three big founding Member States in 1958, Italy and Germany, had a strictly dualist system, based on transformation, for treaty law.¹⁰ The Court has maintained this monist position ever since.¹¹

2.1.1 The Reception of Treaty Law

In respect of treaty law, the story is short and simple. In the first case in which the Court was confronted with the question whether it could interpret an international agreement concluded by the Community, namely the now defunct Association Agreement with Greece, the Court answered in the affirmative. It did so on the basis that the agreement had been concluded by an act of the Council and had thus become an integral part of Community Law.¹² In other words, the conclusion as such made the agreement part of Community law and not some act of legislative

¹⁰ Article 25 of the German Constitution and Article 10 of the Italian Constitution. For general international law, including customary international law, the position in both countries is essentially monist. The same was true for the United Kingdom when it acceded in 1973.

¹¹ The words “monist” and “dualist” are used here in a merely indicative way.

¹² ECJ, Case 181/73 *Haegeman v Belgium* [1974] ECR 449, paras 3–5.

transformation. It became obvious very soon that what the Court had decided for a bilateral Association Agreement was also valid for a multilateral Association Agreement¹³ and for a bilateral free trade agreement, such as the old agreement with Portugal.¹⁴ The same applied to international agreements in the field of sea and air transport,¹⁵ in environmental matters, etc.¹⁶ By interpreting these agreements and ruling on their validity in the framework of the preliminary question procedure, the Court guarantees their uniform interpretation throughout the Union, which is extremely important for a proper implementation of the agreement in relation to the Union's treaty partners.¹⁷

A very special case is probably by now only of historical importance, namely that of the GATT. The Court constructed what has been called a functional succession doctrine, based on the notion that the Treaty (then Article 113 EEC, now 207 TFEU) transferred exclusive power in the field of the common commercial policy from the Member States to the Community, combined with the fact that all the Member States were contracting parties of the GATT. Moreover, third States contracting parties had accepted that the European Commission had progressively assumed the powers of the Member States in the negotiations on the establishment of the common customs tariff and in the GATT tariff rounds of the sixties. Hence the Community was bound by the GATT in the eyes of the Court and the GATT formed an integral part of Community law.¹⁸ Since then, there have been various attempts to apply this functional succession theory to other international agreements concluded by (all) the Member States, such as recently the Chicago Convention on Civil Aviation¹⁹ and the MARPOL Convention on marine pollution.²⁰ In both instances the Court was able to distinguish the GATT case, because the condition of a general transfer of exclusive power as provided for in the Treaty and

¹³ The Yaoundé Agreement, the predecessor to the present ACP Agreement, in ECJ, Case 87/75 *Bresciani v Amministrazione Italiana delle Finanze* [1976] ECR 129.

¹⁴ ECJ, Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v Kupferberg* [1982] ECR 3641.

¹⁵ In sea transport, fishing and sea zones, the UN Convention on the Law of the Sea, see ECJ, Case C-459/03 *Commission v Ireland (MOX-Plant)* [2006] ECR I-4635, para 82. In respect of air transport, the Montreal Convention, see ECJ, Case C-344/04 *The Queen ex parte IATA and ELFAA v Department of Transport* [2006] ECR I-403, para 46.

¹⁶ An important body of case-law has built up over the years in respect e.g. of the Aarhus Convention, see Case C-240/09 *Lesoochranske zoskupenie VLK v Ministerstvo zivotneho prostredia Slovenskej republiky* (ECJ, 8 March 2011) and most recently Case C-182/10 *Solvay et al. v Region Wallonne* (ECJ, 16 February 2012).

¹⁷ See ECJ, Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v Kupferberg* [1982] ECR 3641, para 2.

¹⁸ ECJ, Joined Cases 21-24/72 *International Fruit Company NV et al. v Produktschap voor Groenten en Fruit* [1972] ECR 1219, para 18. Later the Union became an original Member of the successor organisation to GATT, the WTO. See Article XI:1 WTO Agreement.

¹⁹ Case C-366/10 *Air Transport Association of America et al. v Secretary of State for Energy and Climate Change* (ECJ, 21 December 2011).

²⁰ ECJ, Case C-308/06 *Intertanko et al. v Secretary of State for Transport* [2009] ECR 4057, para 48, confirming a less explicit utterance in ECJ, Case C-379/92 *Peralta* [1994] ECR I-3453, para 16.

the co-operation of both the Member States and third States also in the day-to-day functioning of the GATT in the assumption and exercise of these powers by the Commission on behalf of the Community was absent in the functioning of the Chicago and Marpol conventions.²¹ It must be assumed that the case of the GATT will remain unique, unless an almost perfect replica will present itself—which seems highly unlikely.

Decisions of a binding character that were taken by a body established by an agreement concluded by the Union were treated by the Court in the same way as the agreement in question itself as an integral part of Union law. This is based on the close link between the agreement and the decisions that are taken in order to make it effective.²² Once again, by assuming jurisdiction over the interpretation and the validity of such decisions, the Court safeguards their proper and uniform implementation throughout the Union and in relation to the treaty partners of the Union.²³

2.1.2 Reception of Customary International Law²⁴

From a systemic viewpoint, concluding a treaty like the EU Treaty is a way for the States parties to contract out from general international law of which customary law is the most important component. Among the Member States, therefore, general international law is no longer applicable within the scope of “the Treaties.” This was reaffirmed very early on by the Court, when it made clear in an infringement case that the classical remedies of general international law for breach of treaty or other obligations, namely unilateral sanctions in the form of a suspension of another treaty obligation or of other counter-measures, could not be countenanced in the EU. Its own exclusive system of dealing with alleged breaches

²¹ See ECJ, Case C-308/06 *Intertanko et al. v Secretary of State for Transport* [2009] ECR 4057, para 48. It must be said that the international organisations in charge of the Chicago and Marpol conventions, the ICAO and the IMO respectively, held up EU accession, even as the Union had gradually assumed considerable legislative power in the fields in question. Moreover, some Member States were decidedly unhelpful as well. See for example ECJ, Case C-45/07 *Commission v Greece* [2009] ECR I-701, in which Greece was condemned for taking initiatives on its own in IMO contrary to the Union interest.

²² ECJ, Case 30/88 *Greece v Commission* [1989] ECR 3711, para 12.

²³ ECJ, Case C-192/89 *Sevince v Staatssecretaris van Justitie* [1990] ECR I-3461, paras 10–11. This is so, even though such decisions have not been officially published. This was the case with Decision 3/80 of the Association Council of the EC-Turkey Association Agreement, see ECJ, Case C-277/94 *Taftan-Met et al. v Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* [1996] ECR I-4085.

²⁴ Generally on customary international law and Union law, Wouters and Van Eeckhoutte 2006; Kuijper 2003, pp. 151–171 and Gianelli 2012, pp. 93–110.

of treaty in the form of the infringement procedure was comprehensive and had replaced such “primitive” remedies.²⁵

However, this contracting out was valid only among the Member States. Hence the conclusion was inescapable that the Union remained bound by customary international law in relation to third States.

The first cases on the position of customary international law encountered by the Court were related to the Community’s jurisdiction. They related to the reach of Treaty provisions and secondary Community law and their application, including the reach of the jurisdiction of the Court itself. In these cases the Court examined and applied international customary law in questions of jurisdiction almost as a matter of course, since that would be the natural reaction of any Court that exercises the competence to demarcate its own competence.²⁶

Thus the Court was capable of construing Commission decisions relating to cartels formed by non-EU companies as based on the territorial principle, which was an uncontroversial basis for exercising jurisdiction in customary international law.²⁷ By avoiding the effects doctrine as basis for Commission action, it also succeeded in avoiding to expose Article 101 TFEU (then Article 85 EEC), which is formulated in “effects language” to the possible scrutiny of customary international law and thus evading the question of hierarchy between customary international law and EU primary law. It was only in the ‘nineties’ when the views between the different anti-trust authorities, governments and scholars on both sides of the Atlantic had coalesced more and more around a moderate effects doctrine that the ECJ was ready to embrace the effects doctrine as a legitimate basis for the exercise of jurisdiction under customary international law.²⁸ The menace of the hierarchy question thus disappeared.

²⁵ ECJ, Joined Cases 90 and 91/63 *Commission v Belgium and Luxemburg* [1964] ECR 625, English Special Edition, 631. Even in the interstices of the common market, however, there remain domains that are not occupied by Community law and in which customary international law remains applicable and should be applied, be it in harmony with Community law, cf. ECJ, Case 41/74 *van Duyn v Home Office* [1974] ECR 1337, para 22, insisting on the international law obligation of Member States to admit their own nationals to their territory within the framework of the Union’s rules on the freedom of movement of workers. The same is true for treaty law, see ECJ, Case C-301/08 *Bogiatzi v Deutscher Luftpool* [2009] ECR I-10185, paras 41–45, where the Court held that, though the relevant Union directive intended to improve the level of compensation laid down in the Warsaw Convention of 1929, the deadline within which the compensation had to be requested according to that Convention remained unaffected thereby.

²⁶ This so-called “*compétence de la compétence*” is often seen as an inherent power of (international) courts and tribunals, see Boisson de Chazourmes 2010, pp. 1027–1064.

²⁷ Dyestuffs cases, see for example ECJ, Case 48/69 *ICI v Commission* [1972] ECR 619, paras 136–141. ECJ, Joined Cases 6 and 7/73 *ICI and CSC v Commission* [1974] ECR 223, paras 36–41. ECJ, Joined Cases 89, 104, 114, 116, 117, and 125–129/85 *Ahlstrom and Others v Commission* [1988] ECR 5193, paras 11–18.

²⁸ CFI, Case T-102/96 *Gencor v Commission* [1999] ECR II-753.

The Court also started to rely on customary rules of treaty interpretation as laid down in Articles 31–33 of the 1969 Vienna Convention of the Law of Treaties²⁹ in its interpretation of treaties concluded by the Union. In several cases it did so in order to be able to distinguish between provisions of “the Treaties” and near-identical provisions of agreements concluded with third States so as to give them a different meaning in the light of the object and purpose of the respective treaties. Initially this was done purely implicitly,³⁰ later much more openly, supported by a reference to these rules of interpretation.³¹ In this way the Court could protect the Community legal order from interpretations unwarranted by the looser integration pursued by, for instance, free-trade agreements, as compared to the deeper integration that characterised the Union.

In 1992 the Court rendered its classic judgment on the position of customary international law in Union law: the *Poulsen case*,³² another case about the jurisdictional scope of Union law, in this case of a fisheries regulation prohibiting the fishing of salmon on the high seas in the North Atlantic. The Court opened with the clearest of statements: “As a preliminary point, it must be observed, first, that the European Community must respect international law in the exercise of its powers....” Subsequently, it relied on customary international law as laid down in Law of the Sea Conventions of 1958 and 1982 and identified as such in judgments of the ICJ in order to determine what was the standard of interpretation for the scope of Community law in such questions as the nationality of ships and their crew, the powers of EC legislation to regulate matters in different sea zones. In this way the question of hierarchy was also solved: customary international law is ranked above Union law.

How does the Court identify the customary international law that will be part of Union law? In the *Poulsen case* the Court shows itself to be thoroughly modern in accepting that customary law nowadays can be derived largely from solemn declarations and conventions that have not (yet) been ratified and entered into force. It need no longer be “found” by painstaking research into consistent and long-standing practice of States and a concomitant expression of States feeling

²⁹ This Convention initially was not yet in force and applied only to treaties between States; nevertheless the provisions of these articles were rightly seen by the Court as constituting customary law. The later (1986) Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organisations and between International Organisations has also not yet entered into force and EU is not and probably will not become a party to it. In the recent Case C-386/08 *Brita v Hauptzollamt Hamburg Hafen* [2010] ECR I-01289, paras 40–41 the Court for the first time explains why Articles 31–33 of the 1969 Vienna Convention can be applied to the interpretation of agreements between the Union and third States with reference to Article 3(b) of the Convention.

³⁰ ECJ, Case 270/80 *Polydor v Harlequin Records Shops* [1982] ECR 329, paras 13–17.

³¹ ECJ, Opinion 1/91 *EEA Agreement I* [1991] ECR I-6079.

³² ECJ, Case C-286/90 *Anklagemyndigheden v Poulsen and Diva Navigation* [1992] ECR I-6019.

bound by such practice (*opinio iuris*).³³ Actually none of these elements will be found in the case-law of the Court on international customary law. Normally, the Court will adduce judgments of the ICJ in order to confirm that certain provisions of international conventions to which the EU is not a party are declaratory of customary international law.

This was well illustrated, when the Court relied on the *clausula rebus sic stantibus*, following the Commission argument that this rule of customary law allowed the Union to suspend and even terminate the Co-operation Agreement with Yugoslavia without respecting the periods set for that in the agreement because of the outbreak of full-fledged civil war in the country. The Court accepted that the *clausula*, laid down in Article 62 of the 1969 Vienna Convention, was part of customary law on the strength of the ICJ's confirming this in the case on the *Gabcikovo-Nagymaros* dam between Slovakia and Hungary.³⁴

2.2 *The Rank Order of International Law in the EU Legal System*

2.2.1 Treaty Law

Union Agreements and the Union Treaties

Insofar as agreements concluded by the Union are concerned, there can be little doubt that they need to be in conformity with “the Treaties”. As was pointed out above, Article 218(11) TFEU leaves little room for doubt. Although it provides for the theoretical possibility that the Member States may adapt the Union Treaties to an international agreement about to be concluded by the Union, this has never happened. If any adaptation of the Union Treaties took place in reaction to an Opinion of the Court, notably in the fields of trade policy and human rights, it was only in the long run and in a direction that was at odds with the position that the large majority of the Member States had originally defended before and obtained from the Court.³⁵

³³ Like most national courts the ECJ does not like to become involved in such research. See Case C-286/90 *Poulsen*, fn. 32, para 35 ff., where the national court referred the question to the ECJ as to whether the nineteenth century doctrine of distress, which would block a State from exercising jurisdiction over a ship in its internal waters, if its entry was due to “*force majeure*”, *avarie* etc., was an applicable rule of customary international law. The ECJ sent the question back to the national court.

³⁴ ECJ, Case C-162/96 *Racke v. Hauptzollamt Mainz* [1998] ECR I-3655, paras 50–61.

³⁵ See ECJ, Opinion 1/94 *WTO* [1994] ECR I-5267 and ECJ, Opinion 2/94 *Accession by the European Community to the ECHR* [1996] ECR I-1759 and the later gradual modification of the Treaty provision on the common commercial policy in the Amsterdam, Nice and Lisbon Treaties and the inclusion of Article 6(2) TEU on accession to the ECHR in the Lisbon Treaty.

In all other cases the relevant Union agreements were adapted to the Opinion of the Court. What is striking in these cases is the Court's protective attitude to what it considers to be the unique features of the Union legal order. When it had to give an Opinion on the EEA Agreement, for instance, the Court did so by forcefully contrasting the EEA Agreement and the Union Treaties.³⁶ The EEA was a normal treaty, creating rights and duties between States and not requiring any transfer of sovereignty to the inter-governmental organs created by it. The EEC, by contrast, though concluded in the form of an international agreement, "nonetheless constitutes the constitutional charter of a Community based on the rule of law." It was a new legal order characterised by the primacy of Community law and having many provisions having direct effect and thus directly touching the citizens.

Since the Court was the guarantor of this exceptional system, it was of prime importance that the Court's exclusive right to interpret "the Treaties" and to be in charge of the system of judicial protection set up by them should not be affected or diluted in any way by systems of dispute settlement laid down in international agreements subjected to its scrutiny.³⁷

This approach has recently been confirmed by the infringement procedure against Ireland, better known as the *MOX-plant* case. This case established the principle that Member States *inter se* cannot have recourse to the dispute settlement system of an international convention that falls within Union competence, when they (also) seek to rely on Union law that has been adopted (in part) with a view to implementing the convention in question.³⁸ This was deemed necessary in order to maintain the monopoly of the ECJ over the interpretation of the Union Treaties laid down in Article 344 TFEU.

The procedure of Article 218(11) has been devised to spare the Union embarrassment in case an agreement concluded by the Union were to be found incompatible with its constitutional charter after the fact. However, this eventuality is not excluded by the Union Treaties. As a matter of fact, especially over the last 20 years the Court has declared a number of agreements that were already concluded null and void in the light of the Union Treaties in procedures between the Institutions or between a Member State and the Institutions. The reasons for such annulment were incompetence of the Commission alone to conclude an international agreement³⁹ or incompetence of the EC as such to conclude a particular international agreement.⁴⁰ In another case, part of the Uruguay Round

³⁶ ECJ, Opinion 1/91 *EEA Agreement I* [1991] ECR I-6079, in particular paras 14–21.

³⁷ This was clearly a strong underlying concern from one of the first Opinions it gave under Article 218(11) in 1977 until the most recent one issued in 2011, see Opinion 1/76, *Laying-up Fund for Rhine Shipping*, [1977] ECR 741, paras 10–14 and 17–22, and Opinion 1/2009, *Patent Court*, (ECJ, 1 March 2011).

³⁸ ECJ, Case C-459/03 *Commission v Ireland (MOX-Plant)* [2006] ECR I-4635.

³⁹ ECJ, Case C-327/91 *France v Commission (Anti-trust cooperation agreement between the Commission and the US)* [1994] ECR I-3641.

⁴⁰ ECJ, Joined Cases C-317/04 and C-318/04 *Parliament v Council and Commission (PNR Agreement between the European Community and the US)* [2006] ECR I-4721.

results (the banana agreements) were annulled on application of a Member State.⁴¹ It is important to notice that the Court was respectful of the details of international law, by restricting its annulment to the Council Decision approving and concluding the agreement and by taking into account that the Union remained internationally responsible for breach of treaty as a consequence of its ruling.⁴²

In conclusion, one can only say that the Court has strongly upheld the supremacy of the Union constitutional charter over agreements concluded by the Union. There is nothing surprising about this. The Union Treaties themselves say so quite explicitly. Moreover, there is no Member State and scarcely any State in the world that accepts that international agreements could set aside its Constitution (except the Union Member States in respect of the Union Treaties).⁴³

Union Agreements and Union Secondary Law

The situation is entirely different with respect to the relation between agreements concluded by the Union and secondary law of the Union. Here it is necessary to treat national law of the Member States on the same footing as Union secondary law, since the relevant treaty provision (Article 216(2) TFEU), declares that Union agreements are binding on the Union's institutions *and* on the Member States. The early interpretation given of this provision by the Court to the effect that the Member States, in discharging this obligation, were fulfilling not so much an obligation to third States but rather to the Community⁴⁴ was of great importance. It opened the way to infringement procedures against the Member States for not properly implementing agreements concluded by the Union and thus vested the primacy of Union agreements over national law.

Initially the Court was primarily confronted with cases concerning the relationship between Union agreements and the law of the Member States and in line with this interpretation of Article 216(2) felt no compunction to reaffirm (mostly implicitly, but nevertheless clearly) the primacy of Union agreements over national law.⁴⁵ This approach was also applied to binding decisions of organs of

⁴¹ ECJ, Case C-122/95 *Germany v Council (Framework Agreement on Bananas)* [1998] ECR I-973, para 82.

⁴² See in this respect paras 71–74 of the *PNR* judgment (Joined Cases C-317 and C-318/04, *Parliament v Council and Commission* [2006] ECR I-4721, where the Court organised special procedures for the implementation of its judgment taking into account the need for the Union's institutions to renegotiate the matter with the US authorities.

⁴³ But see Article 94 of the Netherlands Constitution.

⁴⁴ ECJ, Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v Kupferberg* [1982] ECR 3641, para 13.

⁴⁵ See such cases as ECJ, Case 87/75 *Bresciani v Amministrazione Italiana delle Finanze* [1976] ECR 129, ECJ, Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v Kupferberg* [1982] ECR 3641 and ECJ, Case 270/80 *Polydor v Harlequin Records Shops* [1982] ECR 329.

international agreements concluded by the Union, such as principally the decisions of the Association Council EU-Turkey.⁴⁶

Very soon, the Court also had occasion to affirm unambiguously that an international agreement concluded by the EC, such as the International Dairy Agreement would have primacy over the inward processing rules of the Community, if the latter precluded its application.⁴⁷ Similar statements followed in other cases some ten years later, primarily in the field of customs law.⁴⁸

Recently the Court summed up the situation neatly with respect to both primary and secondary Union law, saying that according to standing case-law, international agreements of the EU had primacy with respect to secondary Union law, but not with respect to primary Union law, unless the primary law had been previously amended to allow the agreement to enter into force.⁴⁹

Customary International Law and Union Law

The relationship between customary international law and Union secondary law is identical to that for international agreements. In most of the cases already mentioned in connection with the reception of customary international law in Union law, the statement that customary international law is part of Union law was directly connected to a statement that the institutions of the Union were held to respect international law in the exercise of their powers.⁵⁰ This clearly confirms the primacy of customary international law over secondary Union law.

However, the relation of primary Union law to customary international law is somewhat uncertain. Since the contracting out from general international law (i.e. primarily customary international law) that is inherent in the Union Treaties applies only between the Member States and not in the relations to third States, it is in principle possible to argue that primary Union Law cannot be invoked as a reason for the Union not to obey customary international law in its relations to third States. As we saw above, the Court initially avoided to regard the actions of the Commission against international cartels as an application of the effects doctrine, contrary to the effects-oriented language of Article 101 TFEU and this can have been a reason for such avoidance. For the rest, there is no clear view of the Court on this issue. However, given the Court's conception of its role in upholding

⁴⁶ ECJ, Case C-192/89 *Sevince v Staatssecretaris van Justitie* [1990] ECR I-3461 and many subsequent cases relating to Decisions 1/80 and 3/80 of the EC-Turkey Association Council.

⁴⁷ ECJ, Case C-61/94 *Commission v Germany* [1996] ECR I-3989, para 52.

⁴⁸ ECJ, Case C-311/04 *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht BV v Inspecteur der Belastingdienst – Douanedistrict Rotterdam* [2006] ECR I-609, para 25 and ECJ, Case C-344/04 *The Queen ex parte IATA and ELFAA v Department of Transport* [2006] ECR I-403, para 35.

⁴⁹ ECJ, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakat v Council and Commission* [2008] ECR I-6351, paras 306–309.

⁵⁰ ECJ, Case C-286/90 *Anklagemyndigheden v Poulsen and Diva Navigation* [1992] ECR I-6019, para 9.

the “constitutional charter” of the Union, not only internally but also externally, there is no chance that the Court would expose this constitutional charter to review in the light of customary international law. As the competition law example demonstrates, there are ways to avoid such a direct confrontation.

2.3 How is International Law used by the Court?

In the light of the foregoing, the question arises as to how the Court uses its judicial power in order to give effect to the primacy of international law over secondary Union law. It is generally known that courts can do this basically in two ways: by harmonious interpretation of national or Union law in the light of international law or, if harmonious interpretation is not possible, by setting aside national or Union law in case of a conflict with international law. If the latter is done *proprio motu* by the Court, it is often called direct application of international law. If it is done on the application of a natural or corporate person, it is called “giving direct effect” or “self-executing effect” to rules of international law.

2.3.1 Harmonious Interpretation

Harmonious interpretation is a classical way for national courts to avoid placing the State of the court in question in a position of international responsibility. Thus the national court also respects the separation of powers, as it avoids putting the executive in diplomatic difficulties and placing the legislative power in a situation where it may have to adapt the law or regulation in question in order to remedy the international responsibility brought about by the court.

It is, therefore in the logic of things that the ECJ would resort to applying this technique of interpretation as well. The older competition cases already referred to above are a good example of such adaptive interpretation. By re-interpreting decisions taken by the Commission in its role of anti-trust authority as having been based on the uncontroversial territorial principle of jurisdiction, the Court made these decisions almost unassailable under the customary international law of jurisdiction as it was perceived in the 1970s.

The logical demarcation followed by the Court is broadly identical in all cases. Since international law, whether customary or treaty law, binds the EU and is automatically part of the law of the EU and as such has primacy over secondary Union law, the least the Court must do is to respect international law in the interpretation of Union law.

Harmonious interpretation is applied equally in the light of both customary international law and international agreements concluded by the Union. Insofar as customary international law is the basis for harmonious interpretation of Union law, it may sometimes be difficult to distinguish between harmonious interpretation *stricto sensu* and simple direct application of customary international law,

especially in cases that relate to the legislative jurisdiction of the Union or the scope of Union law.⁵¹ Thus the automatic extension of Union law, in particular Union social security law, to installations on the continental shelf and thus to persons working on those installations, was based by the Court on the provisions of UNCLOS and the automatic nature of the obtention of a continental shelf, and thus of jurisdiction over the continental shelf by States. Initially this was a matter of customary law and, after its entry into force, it was based on UNCLOS as such.⁵² It is very hard to say whether this was a matter of direct application of customary law (and later of treaty law) or interpretation of Union law in the light of customary law (or later of treaty law).

Another uncertainty is created when the Court is not at ease with a rule of customary international law, as the CFI was not with the rule that States may not act contrary to the object and purpose of a treaty that has been signed but not yet ratified by them.⁵³ In *Opel Austria* the CFI never made fully clear whether it was basing itself on this (customary) rule of international law or on what it saw as the corresponding principle of Union law of legitimate expectations.⁵⁴

The *Opel Austria* case, together with the later *Racke* case, already mentioned above, also raised the question whether it was an important element in cases in which private parties invoked customary international law and did so in circumstances in which they were about to have or had directly enforceable rights under a Union agreement. This aspect of these older cases has recently been further developed by the Court in an important litigation on the scope of the European Emissions Trading Scheme (ETS), where it was stated that:

The principles of customary international law may be relied upon by an individual for the purpose of the Court's examination of the validity of an act of the European Union in so far as, first, those principles are capable of calling into question the competence of the European Union to adopt that act (.....) and, second, the act in question is liable to affect rights which the individual derives from European Union law or to create obligations under European Union law in his regard.⁵⁵

Therefore, harmonious interpretation, direct application and direct effect may be rather closer together than is sometimes thought. This also follows from the harmonious interpretation of Union law in the light of treaty law. Even with respect to international agreements of the Union to which the Court is not inclined to give direct effect, such as the GATT and the WTO (see below), the Court is often

⁵¹ See Sect. 2.1.2.

⁵² See ECJ, Case C-37/00 *Weber v Universal Ogden Services* [2002] ECR I-2013, para 36. ECJ, Case C-6/04 *Commission v United Kingdom* [2005] ECR I-9017, para 117 and Case C-347/10 *Salemink v Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV)* (ECJ, 17 January 2012) para 31–37.

⁵³ As laid down in Article 18 of the Vienna Convention of the Law of Treaties 1969.

⁵⁴ CFI, Case T-115/94 *Opel Austria v Council* [1997] ECR II-39., para 89–93.

⁵⁵ See Case C-366/10 *Air Transport Association of America et al. v Secretary of State for Energy and Climate Change* (ECJ, 21 December 2011), para 107.

explicitly ready to apply harmonious interpretation. After which it then uses this capacity for interpretation in a rather stringent manner. In a number of TRIPs cases for instance, it directed strict instructions to national judges on how to behave themselves in *ex parte* procedures related to breaches of trademarks.⁵⁶ In one instance the Court has even approvingly referred to two AB reports in order to bolster its interpretation of TRIPs provisions, but this has remained a lonely exception so far.⁵⁷

2.3.2 Direct Effect

We have seen that the Court may bring up the validity of Union law *sua sponte*, in particular if the Court's *compétence de la compétence* is at stake. If individuals or corporate persons bring up the issue, the Court has to decide the famous question of granting direct effect or self-executingness to the international law rules in question. The criteria for granting direct effect to treaty provisions have remained fairly uniform from the early days of the Court's case-law.

According to the *Demirel case*, a provision from a Community agreement could have direct effect if, taking into account the drafting, the nature and purpose of the agreement, it contained a clear and precise obligation that, in order to be implemented or to have effect, did not require any subsequent measure.⁵⁸ It is clear, therefore, that individuals may derive rights from unconditional prohibitions imposed on States and on the Union in international agreements, as they can in internal Union law. The *Demirel* test has been referred to by the Court on numerous later occasions and remains authoritative.

If the validity in the light of customary international law is at issue, then there are a number of specific problems that may militate against granting direct effect. First of all, there always is a problem of democratic legitimacy with customary international law since, unlike a treaty, it has probably never been approved by the legislative power. However, the Court has never mentioned this problem. This is somewhat surprising given the attention that the Court has given to the question of the relation between the different institutions, when direct effect is an issue.⁵⁹

Secondly, rules of customary international law often are not of the same precision as treaty provisions and, therefore, may be inherently unsuitable for direct effect. In the eyes of the Court, this lack of precision increases the margin of

⁵⁶ ECJ, Case C-89/99 *Schieving-Nijstad vof et al. v Robert Groeneveld* [2002] ECR I-5851 paras 55, 60–61, 65, 69, 71.

⁵⁷ ECJ, Case C-245/02 *Anheuser-Busch v Budejovicky Budvar*, [2004] ECR I-11018, paras 49 and 67.

⁵⁸ ECJ, Case 12/86 *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 3719, para 14.

⁵⁹ See the cases relating to the WTO, referred to in 2.3.2 and 3.2 below.

discretion of the Union authorities. It thus reduces the strictness of the review of legislative or administrative action to deciding whether institutions of the EU made manifest errors of assessment concerning the conditions for applying rules of customary international law.⁶⁰

Returning to the criteria for direct effect of provisions of international agreements, the Court has developed a special treatment for the GATT and the WTO, which it has recently begun to expand to other international agreements, such as the UN Convention on the Law of the Sea. Having accepted that the EEC had become bound by the GATT through functional succession, the Court rejected in the same case that GATT provisions could have direct effect because of the flexibility of GATT and the constant state of negotiation to which most norms of the GATT were subject.⁶¹ Many thought that this case-law lost its rationale after the WTO was created, which contained many more classical treaty rules than the GATT, eliminated the situation of permanent exception from GATT rules that certain sectors, such as agriculture and textiles trade, had lived under and had a much more stringent system of dispute settlement than GATT.

When the Court was asked to give direct effect to Article XI of GATT in the so-called *bananas* case and as a consequence to set aside certain provisions of the EU banana regime, at that very moment negotiations were still going on between the Commission and the US and two, if not three, groups of banana exporting countries for an acceptable solution to the conflict, while at the same time haggling was going on about the implementation of the relevant panel and AB rulings in the Council and the Parliament.⁶²

Thus the Court realised how closely the notion of direct effect is related to the balance between the institutions. By giving direct effect to certain WTO provisions, the Court would be placing itself simultaneously in the negotiator's chair of the Commission and interfering with the legislative power composed of the Council and the Parliament.⁶³

In a series of cases related to the WTO, the Court expanded and refined what it had said about the nature and structure of an agreement being important for being able to grant direct effect to that international agreement. It became a preliminary test, before the Court would devote attention to the possible direct effect of individual provisions of an agreement on the basis of the criteria of clarity,

⁶⁰ See ECJ, Case C-162/96 *Racke v. Hauptzollamt Mainz* [1998] ECR I-3655, para 25, confirmed in Case C-366/10 *Air Transport Association of America et al. v Secretary of State for Energy and Climate Change* (ECJ, 21 December 2011), para 110.

⁶¹ ECJ, Joined Cases 21-24/72 *Internationale Fruit Company NV et al. v Produktschap voor Groenten en Fruit* [1972] ECR 1219, paras 21–27.

⁶² A final agreement was reached at the end of 2009, see WTO Agreement on Trade in Bananas WTO Doc. WT/L/784.

⁶³ ECJ, Case C-149/96 *Portugal v Council* [1999] ECR I-8395. Also binding judgments of the Appellate Body did not influence the Court, see below [Sect. 3.2](#).

⁶⁴ The original text of para 14 of *Demirel* makes clear that at the time it was considered to be an integrated test. In ECJ, Case C-308/06 *Intertanko et al. v Secretary of State for Transport* [2009]

precision and unconditionality.⁶⁴ It is on the basis of such a preliminary test that the Court has declared that UNCLOS is an international agreement incapable of having direct effect.⁶⁵

Such developments have led to the accusation that the Court has basically instituted dualism in respect of the WTO and UNCLOS. However, the Court continues to declare that the WTO and UNCLOS are an integral part of Union law and their provisions are subject to harmonious interpretation. Moreover, the Court continues to grant direct effect to important provisions of bilateral agreements and of decisions of treaty bodies, which are capable of having direct effect.⁶⁶

It has been demonstrated that the Court rather has quashed national laws and regulations in the light of self-executing provisions of Union agreements substantially more frequently than provisions of Union legislation. This has given rise to the question whether the ECJ perhaps suffers from an anti-Member State bias, when wielding the axe of directly effective Union agreements.⁶⁷

3 Special Issues

3.1 *Agreements of the Member States*

3.1.1 In General

The more the Union's shared powers are used internally in new areas of law, the more there are international agreements and international organisations that cover these new domains, but to which the Union cannot easily accede, even if all the Member States are parties to them.

The reason for this is mostly that the agreements in question do not provide for the possibility for the EU or for international organisations in general to accede, even though, pursuant to Article 3(2) TFEU, the exclusive power to do so is available. Moreover, it is not exactly easy for the EU to remedy that situation, since it requires a modification of the international agreement or of the founding treaty of the international organisation in question. Such modification normally requires considerable effort and political commitment from Member States and

(Footnote 64 continued)

ECR 4057, para 45 it has become a two-step test, of which the first one is based on the nature and broad logic of the UNCLOS; see also para 54.

⁶⁵ See ECJ, Case C-308/06 *Intertanko et al. v Secretary of State for Transport* [2009] ECR 4057, paras 55–65. How this reasoning, based on the fact that ships have no directly enforceable rights, as they are derived from States' rights can be reconciled with the approach on airplanes taken in the later Case C-366/10 *Air Transport Association of America et al. v Secretary of State for Energy and Climate Change* (ECJ, 21 December 2011) is unclear.

⁶⁶ See in this sense Eckes 2012 and Kuijper 2011.

⁶⁷ See Mendez 2009, Chap. VI.

non-Member States alike, which may not be easily available on either side. And even if such effort is made and the political will is there, ratification of the necessary amendment may take a (very) long time. The classical example of this situation is the Convention on International Trade of Endangered Species (CITES). An amendment to enable the Union to accede was adopted in 1983, but is yet to enter into force, as the required two-thirds of the parties have not yet ratified.⁶⁸

The Court—which was no doubt aware of these difficulties, but obviously not willing to extend the doctrine of functional succession—was inevitably brought to grant a certain weight to such international agreements. This was necessary because there are quite a few instances where new Union legislation aimed to be in conformity with such agreements or even stated that it constituted an implementation of them. To take CITES as an example again, the Union almost routinely adapts its regulation on endangered species to the changes that CITES makes in its classification of different species as more or less in danger of extinction.⁶⁹

It is probably on the basis of such elements that the Court recently has begun giving at least an interpretative function to the provisions of treaties concluded by all the Member States, without recognising that they have become part of Union law.⁷⁰ The Court adduces the principle of good faith in international law and the principle of Union loyalty in order to interpret the Union law in question in the light of the Member States treaties to which Union law refers.⁷¹ There is no indication that this interpretative function of Member States treaties is any weaker than that of the interpretative function of Union agreements.

The Court is rather restrictive on the possible direct effect of such Member State treaties if at issue. First, not only must all Member States be parties to the treaty in question,⁷² but there must also be a pre-existing transfer of powers by the Member States to the Union in respect of the full subject matter of the treaty of the Member States. Otherwise, according to the Court, it cannot be assumed that the Union is

⁶⁸ See CITES, ‘Notification to the Parties concerning Bonn and Gaborone Amendments to the text of the Convention’ (1 December 2010) No 2010/039 <<http://www.cites.org/eng/notif/2010/E039.pdf>>.

⁶⁹ See Concil Regulation (EEC) No. 3626/82 on the implementation in the Community of the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, OJ 1982, L 384/1, which can be modified as to its Annexes, containing names of such species, by Commission Regulations.

⁷⁰ Among several recent cases, we refer here to ECJ, Case C-308/06 *Intertanko et al. v Secretary of State for Transport* [2009] ECR 4057. On this and other cases, see Allan Roses, The status in EU Law of International Agreements concluded by the Member States, 24 *Fordham Int’l L.J.* (2011) 1304–1345.

⁷¹ *Ibid.*, paras 49–53.

⁷² In certain instances, a treaty of the Member States, to which not all of them are parties, can still have an indirect interpretative effect in Union law, namely if it is referred to in another treaty which all Member States are parties to. See Case C-135/10 *Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco del Corso* (ECJ, 15 March 2012), paras 49–50.

bound by a treaty of all the Member States (as in the case of GATT at the time), since it has not itself approved *all* the obligations accepted by its Member States.⁷³

This constitutes the Court's way of dealing with the situation where the parallelism which, pursuant to Article 3(2) TFEU, ideally applies between internal legislation and exclusive external competence in the domain covered by that legislation could not or has not been maintained. In this way some weight is given to international agreements of all the Member States in sectors that are largely covered by Union law. Thus hopefully legal conflicts between the Member States and third States over Union law on matters covered by such Member States' treaties can be avoided, without "encouraging" Member States and third States to let the unsatisfactory situation from the Union's constitutional point of view persist without taking remedial action. Nevertheless such conflicts may still occur, in case the interpretations given by the ECJ of such Member States' treaties are disliked by third States, all the more so since they may be seen by third States as interpretations by a court of a non-party, unworthy of any deference.⁷⁴

3.1.2 The Special Case of the UN

The EU is not a party to the Charter and hence not a member of the United Nations. There seems not to be the slightest chance that the Union will become a UN member in the foreseeable future. An attempt has been made to upgrade this observer status to a position closer to full membership. However, resistance of third States was considerable, in particular of countries that are often considered close to the Union.⁷⁵

In spite of this lowly status, the EU has been fairly quick to realise that given its exclusive powers, first as from 1970 in the trade field and later as from 1992 in the monetary field, it was inevitable that it should implement economic and financial

⁷³ ECJ, Case C-301/08 *Bogiatzi v Deutscher Luftpool* [2009] ECR I-10185, paras 28–33, (Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air (1929), See also, Case C-308/06 *Intertanko et al. v Secretary of State for Transport* [2009] (on the MARPOL Convention) [2009] ECR 4057, para 49. See also Case C-366/10 *Air Transport Association of America et al. v Secretary of State for Energy and Climate Change* (on the Chicago Convention on Civil Aviation 1944) (ECJ, 21 December 2011), paras 64–71.

⁷⁴ Cf. the reactions of China and India to the judgment of the Court in Case C-366/10 *Air Transport Association of America et al. v Secretary of State for Energy and Climate Change* (ECJ, 21 December 2011). Although this judgment was criticised mainly with respect to the ECJ's interpretation of customary international law and not of the Chicago Convention, it still illustrates the point.

⁷⁵ For the new regime of EU observer status (comparable to that of the Vatican and Palestina) see UNGA Res. 65/276 (3 May 2011) UN DOC A/Res/65/276 and comments from the Caricom States, UN doc. A/65/834.

sanctions imposed by the Security Council. Special practices were developed and later special provisions were included in the treaties to this effect.⁷⁶ One might say that these provisions created a kind of special dualism for binding decisions of the UN Security Council, since the EU regulations taken pursuant to these provisions converted UN sanctions, to which the Union was not bound as a non-Member, into Union law that was directly applicable in the Member States.

In line with this implementation of UN Security Council sanctions by the EU, the Court began to interpret the EU implementation regulations in the light of the relevant Security Council resolutions. This usually resulted in a stringent interpretation.⁷⁷ As a consequence it struck many as surprising, if not contradictory, that in the well-known *Kadi case* the ECJ, on appeal, struck down the EU implementing regulation of UN sanctions directed against individuals that allegedly had ties to Al-Qaeda, in particular financial ties and that had been placed on a UN blacklist that obliged the UN Member States to freeze their assets. The main reason for this annulment was the breach of fundamental rights, such as the right to be heard and the abridgment of the right to property that were considered core norms of EU primary law.⁷⁸ By insisting on the importance of fundamental rights of individuals in the EU, the ECJ has engaged an indirect dialogue with the Security Council about the Council's respect for fundamental rights in taking its own decisions.⁷⁹

3.2 *Judgments of International Courts*⁸⁰

In order to understand the role and place of international law in the Union legal order and the Court's contribution to it fully, it is also necessary to analyse how the Court normally reacts to judgments of International Courts and Tribunals, which are binding on the Union.

In principle, the Court has acknowledged that the Union must be able to accede to international agreements that include a binding dispute settlement mechanism.

⁷⁶ After the Lisbon Treaty, it is Article 215 TFEU that includes a general reference to decisions taken on the basis of Title V, Chap. 2 of the TEU. Earlier TFEU and TEU provisions contained specific references to UN sanctions.

⁷⁷ See ECJ, Case C-84/95 *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v Minister for Transport, Energy and Communications* [1996] ECR I-3953; ECJ, Case C-177/95 *Ebony maritime SA and Loten Navigation Co Ltd v Prefetto della Provincia di Brindisi et al.* [1997] ECR I-1111 and ECJ, Case C-117/06 *Möllendorf and Möllendorf-Niehuus* [2007] ECR I-8361.

⁷⁸ ECJ, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat v Council and Commission* [2008] ECR I-6351, paras 332–372.

⁷⁹ The Council has responded by appointing Mrs. Kimberley Prost, a former ICTY judge, as Ombudsperson and giving great weight to her views by altering the procedures for delisting individuals subjected to sanctions. See SC Res. 1988 and 1989(2011) of 17 June 2011.

⁸⁰ On this problem in general, see Kuijper 2011, pp. 251–287.

Moreover, it accepted that, as one of the principal institutions of the Union, it would be bound by the judgments of such an international court.⁸¹ In reality, however, the ECJ is not generous in recognising the binding character of decisions of such international courts.

This might be linked to the fact that the only international tribunals that regularly render decisions that bind the Union are the Panels and the Appellate Body (AB) of the WTO. It has already been discussed how the Court has developed a rather special relationship between WTO law and Union law, where it concerns direct effect of WTO law.⁸² Moreover, most of the cases in which the Court was presented with binding judgments (called reports) of WTO panels or the AB, were presented in terms of direct effect. However, since the Court had taken the position that there was no direct effect of the WTO agreements for systemic reasons, a report of a Panel or of the AB could not suddenly create direct effect for the WTO in the eyes of the Court.⁸³

Although it has been pointed out in the literature that reports of the panels and the AB should be respected by the Court simply because they are binding on the Union and thus on the Court, none of the relevant cases seem to have been pleaded in this way and hence it is uncertain what position the Court would take.

The General Court has given the good example in the *Ritek* case,⁸⁴ when in this anti-dumping case it referred to the AB report in the so-called *Bed-Linen* case⁸⁵ and went on to discuss the relation between the anti-dumping procedure in that particular case and the judgment handed down by the AB. Although it arrived at the conclusion that the case before it could be distinguished from the *Bed-Linen* report, the *approach* followed by the General Court is the right one. The Court of Justice itself, however, as yet seems to prefer to arrive at results which, as if by magic, seem to follow the relevant reports of the panels or the AB on the basis of Union law, without ever mentioning that the report in question actually obliged the ECJ to arrive at this result.⁸⁶

As has been noted above,⁸⁷ it may still be the case that, after a binding panel or AB report has become definitive, negotiations between the Union and its trading

⁸¹ ECJ, Opinion 1/91 *EEA Agreement I* [1991] ECR I-6079, para 39. See fns. 40 and 41 and accompanying text.

⁸² See fn. 18.

⁸³ ECJ, Case C-377/02 *Léon van Parijs NV v Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)* [2005] ECR I-1465.

⁸⁴ CFI, Case T-274/02 *Ritek Corp and Prodisc Technology Inc v Council* [2006] ECR II-4305.

⁸⁵ See WTO, *European Communities—Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India* (30 October 2000) WT/DS141/R and for the AB report: WTO, *European Communities: Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India – Report of the Appellate Body* (1 March 2001) WT/DS141/AB/R.

⁸⁶ ECJ, Case C-351/04 *Ikea Wholesale Ltd v Commissioners of Custom and Excise* [2007] ECR I-7723, paras 53–57. For the single case in which the Court refers approvingly to an AB report, see fn. 57.

⁸⁷ See fn. 62 ff. and accompanying text.

partners are still going on, as in the *bananas* case. Even in those cases, however, it may be better for the Court to openly weigh up the different obligations confronting it: on the one hand, the obligation under international law to conform to the report, and on the other hand, the respect for the balance between the institutions. It is in deciding such dilemmas openly and in well-reasoned manner that the Court earns the respect of those inside and outside the Union.

4 Conclusion

The contribution of the Court to the strict observance of international law by the EU, in conformity with Article 3(5) TEU, can be found primarily in its ruling that the model of reception of international law into the Union legal order should be fundamentally monist in character. Any barriers to the interpenetration of international law and Union law are not to be construed at the water's edge, but inside the Union legal system. In principle international law is an integral part of Union law as soon as it was binding on the Union. That the Court took this view early on is not a small matter; it could easily have been different given the foreign relations law of two of the three big founding Member States.

As far as the barriers inside the Union's legal order were concerned, the Court was bound by the logic of certain Treaty provisions relating to the hierarchical position of international law in relation to the primary and secondary law of the Union to arrive at the outcome that international law was below the Union's Treaties, but above Union secondary law. The Court, through its case-law, has certainly strengthened the "constitutional" barrier to international law. It has sought to protect a broadly interpreted Union system and Union method, and in particular the judicial system created by the Treaties, characterised by co-operation with the national courts of the Member States with the ECJ at its apex, holding a monopoly over the (final) interpretation and validity of Union law and over the annulment of Union acts.

As far as the method of giving effect to the primacy of international law over Union secondary law is concerned, the Court has been liberal in principle, but sometimes restrictive in practice. The criteria for giving direct effect to both customary international law and treaty law are what one would expect; they are not overly restrictive and in order to apply them the Court uses the normal rules of treaty interpretation. However, the Court has developed the object and purpose of the treaty from elements to be used together with the text and the context in a holistic interpretation of the direct effect of an individual treaty provision into a separate test of whether a Union agreement as a whole can be judged capable of having direct effect. This has become an important barrier of its own to giving full effect to treaties such as the WTO Agreements and the UN Convention on the Law of the Seas and perhaps other important law-giving agreements in future.

On the other hand the Court remains willing to give direct effect to provisions of most other agreements concluded by the Union and does so with great

regularity. Moreover the Court's criteria for letting individuals invoke rules of customary international law in order to set aside rules of secondary Union law are surprisingly well adapted to the realities of customary international law in this day and age and quite generous. However, even in applying these liberal criteria, the Court in most cases arrives at reconciling customary international law with Union law. This is mostly done by an adaptive interpretation of Union law so that the question of direct effect is in the end not reached.

Harmonising interpretation is a technique that the Court also applies willingly to agreements concluded by the Union. It does so regularly even for agreements that it is not willing to give direct effect to at all, such as the WTO. In some of these cases its interpretations get the flavour of instructions to national courts, which are so precise that they are not far from direct effect.

The Court shows a particular open-mindedness to international law by giving a role to provisions of treaties concluded by the Member States, but to which the Union is not or, in most cases, even cannot become a party, in the interpretation of secondary Union law. Even though the Court might have insisted on the international legal personality of the Union, separate from the Member States, it felt compelled by the duty of sincere co-operation to give a certain value to such treaties. This can be seen as an appropriate compromise between these two constitutional principles.

Where the Court perhaps needs to improve is in its treatment of binding decisions of (other) international courts and tribunals. Here the Court needs to be more transparent about the way in which it treats these decisions. It must give substance to its abstract statement of 1992 of having to abide by their judgments.

On the whole the assessment of the Court's contribution to the strict observance of international law must be fairly positive. A lot of critique has been lavished on the Court from academic circles after a number of recent judgments, as if the Court was about to isolate Union law from international law. In the light of the above, much of that critique seems exaggerated.

References

- Boisson de Chazournes L (2010) The principle of the *Compétence de la Compétence* in international adjudication and its role in an era of multiplication of courts and tribunals. In: Arsanjani MH et al (eds) *Looking to the future: essays on international law in honor of W. Michael Reisman*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp 1027–1064
- Eckes C (2012) International law as law of the EU: the role of the European Court of Justice. In: Cannizzaro E et al (eds) *International law as law of the European Union*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp 93–110
- Gianelli A (2012) Customary international law in the European Union. In: Cannizzaro E et al (eds) *International law as law of the European Union*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp 93–110
- Kuijper PJ (2003) From Dyestuffs to Kosovo Wine: from avoidance to acceptance by the European Community Courts of customary international law as limit to community action.

- In: Dekker IF, Post HG (eds) *On the foundations and sources of international law: essays in memory of Herman Meijers*. T.M.C Asser Press, The Hague, pp 151–171
- Kuijper PJ (2011) *La Jurisprudence Usine MOX, Est-elle symptomatique d'un dialogue des sourds entre la CJCE et les autres juridictions internationales?* In: Kerbrat Y (ed) *Forum shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*. Larcier/Bruylant, Brussels, pp 251–287
- Mendez M (2009) *The legal effect of community agreements: lessons from the court*. Phd. dissertation, Eui Florence, p 348 (unpublished)
- Wouters J, Van Eeckhoutte D (2006) *Doorwerking van Internationaal Recht in de Belgische Rechtsorde*. Intersentia, Antwerpen

Exclusive External Competences: Constructing the EU as an International Actor

Piet Eeckhout

Abstract This contribution analyses the main heads of exclusive external competences—Treaty-based and implied powers—identified and articulated in the case-law of the Court of Justice. It explores the rationales for such exclusive powers, which are closely connected to the coherence of the EU's internal competences and policies. The contribution argues that, even in areas of exclusive competence, EU and Member State competences are closely entwined. It further argues that exclusive implied powers are no more than a rule of pre-emption. The contribution also explores the dialogue between the case-law and the Treaty revisions, in particular the latest one, through the Treaty of Lisbon. Its conclusion is that the case-law played a remarkable role in constituting the EU as an international actor.

1 Introduction

It is wholly appropriate for a book celebrating the 60th anniversary of the Court of Justice to focus also on the case-law on exclusive external competences. Indeed, the first, and wholly seminal judgment in this area, *AETR*, dates back to 1971. Ever since, questions of external competence have been a constant feature on the Court's judicial menu, often in the scope of momentous inter-institutional and EU/Member States battles like Opinion 1/94 and the *Open Skies* cases (see below).

Professor of Law, University College London

P. Eeckhout (✉)
University College London, London, UK
e-mail: p.eeckhout@ucl.ac.uk

And by coining and articulating the very concept of exclusive competence the Court made an enormous contribution towards enabling the EU to become a true international actor of its own. If today the EU has a strong external trade policy, which has gradually expanded to new areas, and continues to expand (in particular to foreign direct investment), the Court's recognition of the need for exclusive competence in this area clearly gave a strong boost to that policy. If today the EU is active in so many areas of international lawmaking—ranging from environmental protection, over conflict of laws, to air and maritime transport—the case-law on exclusive implied powers is in no small measure responsible for that development.

The analysis below aims to sum up, characterise and critically assess the principles which the Court has identified and applied. It focuses on the two main “areas” of exclusive external competence: the common commercial policy, and implied powers. It discusses how the case-law in each of those areas has evolved, what the basis is for the—constitutionally most ambitious—claim of exclusive competence, and what complications and issues have arisen.

2 The Common Commercial Policy

2.1 Reasons

The very concept of exclusive external competence in a particular field of EEC policy-making was coined and developed in the Court's early case-law on the common commercial policy. After having indicated the importance of the EEC's competence in this field in *Hauptzollamt Bremerhaven v Massey-Ferguson*,¹ the Court established its exclusive nature in Opinion 1/75.² The Opinion was a remarkably bold judicial pronouncement. Not only did the Court articulate a wide conception of the notion of commercial policy, linking it to international practice, and extending it to both internal measures and international agreements; the Court equally emphatically established the exclusive nature of this EEC competence, thereby confirming the extent to which the common commercial policy was at the heart of the EEC's external policies. The Court found that concurrent powers were inconceivable in this field, in light of the link with the operation of the Common Market (capitals in the original). The common commercial policy was conceived for the defence of the common interests of the Community, within which the particular interests of the Member States had to adapt to each other. A concurrent power for the Member States would risk compromising the effective defence of those common interests. Furthermore, unilateral action by the Member States could lead to distortions of competition between undertakings of the various

¹ Case 8/73 *Hauptzollamt Bremerhaven v Massey-Ferguson* [1973] ECR 897.

² Opinion 1/75 re Understanding on a Local Cost Standard [1975] ECR 1355.

Member States. If concurrent powers were accepted, Member States could adopt positions which differed from those which the Community intended to adopt, and would thereby distort the institutional framework, call into question the mutual trust within the Community and prevent the latter from fulfilling its task in the defence of the common interest.³

Many of those statements could easily be applied to other EEC—now EU—policies. A legal principle of exclusive competence, assuming that it is effective, will invariably be better suited for ensuring that the EU's common interests are pursued, and are shielded from divergent action by the Member States. Moreover, there are other instruments for restraining such divergent action, short of establishing exclusive competence. The more recent case-law on the duty of cooperation between the EU and its Member States in external affairs is very much focused on not allowing the Member States to adopt positions which differ from those of the EU—also in areas of shared competence such as environmental protection.⁴

This may lead to the conclusion that at least some of the reasons for the exclusive commercial policy competence to which the Court referred were not wholly persuasive. On the other hand, the close analogy between those reasons and the principles established in the case-law on the duty of cooperation also suggests that, at least in the EU's external action, the gap between exclusive and shared competence may not be as wide as the purely conceptual contrast between the terms would suggest. There are, one could say, elements of exclusivity also in the Court's case-law on mixed agreements and the duty of cooperation.⁵

It is nevertheless obvious that the Court could have done no less than confirm exclusive competence in the area of the common commercial policy. The crucial factor, it is submitted, is the link with the internal market. Such a market, characterised by the free circulation of all products, including those imported from non-member States,⁶ could not function in the absence of a unified commercial policy. The EEC Treaty itself emphasised that the common commercial policy had to be based on 'uniform principles'. That policy was simply the extension of the customs union, on which the EEC was based. The absence of a uniform external trade policy would lead to distortions of competition in the EU's internal market, and that this was not just a theoretical consideration is exemplified by the well-known trade stories concerning imports of bananas and Japanese cars.⁷ A true internal—single—market requires a unified external trade policy. If the idea is that companies should be able to compete in this single market on equal terms, then clearly Member States should not be entitled to favour domestic companies, for

³ Ibid, pp. 1363–1364.

⁴ Case C-246/07 *Commission v Sweden* [2010] ECR I-3317.

⁵ See the contribution by Timmermans to this volume; Hillion and Koutrakos 2011.

⁶ Case 41/76 *Donckerwolcke v Procureur de la République* [1976] ECR 1921.

⁷ Eeckhout 1994, Chap. 6.

example by restricting imports of Japanese cars and thereby sheltering a national industrial champion.

In fact, at the time when the Court confirmed exclusive competence, policy and practice had already established the need for a genuinely common policy. The Court's case-law evidences this. In *International Fruit Company*, a judgment handed down four years earlier, the Court established that the Community had in effect replaced the Member States in the GATT. The Court even went so far as to consider that GATT had become binding on the Community, notwithstanding the lack of formal EEC accession.⁸

But if the link with the internal market, exemplified by the concern to avoid distortions of competition, offered the best justification for exclusive competence, it is nevertheless remarkable that that concern did not play a greater role in determining the scope of the EU's competence in this field. There would seem to be as great a need for a uniform external trade regime for *services* as for goods, driven by the aim of avoiding distortions of competition. Such distortions are equally plausible where the Member States have different degrees of openness towards international trade in services—as is in fact the case with current GATS Schedules of Commitments. Yet in Opinion 1/94 the Court refused to extend the common commercial policy to all modes of international trade in services.⁹ Likewise, the Commission's argument in Opinion 1/94 to the effect that the (external) commercial aspects of transport policy should come within the scope of the common commercial policy could be defended with reference to the internal market and the need to avoid distortions of competition resulting from divergent external regimes.¹⁰ Again one does not need to search long for examples: the nationally regimented regime for external air transport was clearly liable to distort competition between European air carriers in an internal market which was completely liberalised. But again the Court did not allow the concept of distortion of competition to determine the scope of the common commercial policy.¹¹

2.2 *Principle v Pragmatism, or Cooperative Federalism*

Notwithstanding the principled nature of the exclusive-competence ruling, the case-law on the common commercial policy also displays a lot of pragmatism in the handling of exclusivity.¹² In Opinion 1/75 the Court rejected the objection that the export credits which the OECD Understanding sought to govern, were financed

⁸ Joined Cases 21 to 24/72 *International Fruit Company v Produktschap voor Groenten en Fruit* [1972] ECR 1219.

⁹ Opinion 1/94 *re the WTO Agreement* [1994] ECR I-5267.

¹⁰ *Ibid.*, paras 48–52.

¹¹ See the *Open Skies* cases, analysed below.

¹² *Tridimas and Eeckhout 1994*.

by the Member States, and not the EEC. However, in Opinion 1/78 the Court took a different approach as regards the financing of the buffer stock, central to the operation of the International Agreement on Natural Rubber. If the Member States were going to finance that stock, the result would be mixed competence.¹³ This finding was criticised as inconsistent with the concept of exclusive competence: exclusivity should have determined the finance arrangements, rather than financing leading to mixed competence.¹⁴ However, the Court's pragmatism was not necessarily unprincipled. The UNCTAD-driven agreement incorporated an emerging EU development cooperation policy. At the time of the Opinion, no competences in this field had as yet been conferred onto the Community. That was to change with the Maastricht Treaty, but even as of today, the development cooperation competence is clearly shared between the EU and its Member States. Article 4(4) TFEU further clarifies that there is no pre-emption in this field: "the exercise of [the development cooperation] competence shall not result in Member States being prevented from exercising theirs". Clearly, the actual financing of the natural rubber stock was more in the nature of development aid than pure trade policy.

A further instance of pragmatism was the Court's handling of the tension between the legal principles of exclusivity and uniformity, and the actual practice which lagged behind and meant that the common commercial policy continued to be incomplete long after the transitional period had ended.¹⁵ The principle of exclusivity means that national commercial policy measures need to benefit from a "specific authorization", as established in *Donckerwolcke*.¹⁶ In that case the Court accepted that the Community's import regime was not yet uniform, and that the Council could authorise national import quotas. For those quotas to be effective, restrictions on intra-Community trade in the relevant products were required, pursuant to Article 115 EEC (now deleted), again exemplifying the strong link between the internal market and the common commercial policy.

The case-law on these quotas adopted a most liberal approach to the notion of a "specific authorization". This enabled the Member States to continue to enforce national quotas, and effectively left it to the EU political institutions to decide when to move to a truly uniform trade policy—and they were rather unhurried. In *Bulk Oil* the Court accepted that the EEC's export regulation contained an exception for petroleum exports, which was an adequate legal basis for the United Kingdom's restrictions on exports of oil to Israel.¹⁷ Nothing in the regulation related "specifically" to those restrictions, but the Court was satisfied with the mere general authorisation in the export regulation. In *Tezi* the Court further acquiesced, in the practice of regulations for the import of textiles and clothing products carving up import quotas and distributing them among the Member

¹³ Opinion 1/78 *re International Agreement on Natural Rubber* [1979] ECR 2871, para 60.

¹⁴ Weiler 1999, p. 174.

¹⁵ Cremona 1990.

¹⁶ Above note 6.

¹⁷ Case 174/84 *Bulk Oil v Sun International* [1986] 559.

States.¹⁸ Here the EU institutions were themselves responsible for a non-uniform import regime, and were no longer simply authorising national restrictions. The import restrictions for textile and clothing products are now a thing of the past, but the current export regulation continues to leave some scope for national oil export allocations.¹⁹

The approach in Opinion 1/94 towards GATS constitutes a third instance of pragmatism. The Court refused to extend the common commercial policy to services, notwithstanding, as mentioned above, the strong link with the internal market. The expressed basis for this refusal was the fact that, where international trade in services involved some type of movement of persons, the EC's commercial policy competence fell short, and had to give way to immigration-related Treaty provisions.²⁰ As has been argued, that distinction is not wholly persuasive.²¹ There may have been other factors which influenced the Court's ruling. The internal market in services was not—and is not—as homogenised as the internal market in goods. Also, and importantly, the international liberalisation of trade in services is much more focused on regulatory issues than on the mere removal of border restrictions. A mere look at the EU's GATS Schedule of Commitments reveals the extent to which those commitments affect national laws and regulations rather than EU legislation. In many sectors, those national laws are politically sensitive, as they are concerned with the balance between public service provision and free, private markets. The subsequent amendments to the Treaty provisions on the common commercial policy, discussed below, provide further proof of this sensitivity, as do the protracted and intense debates which accompanied the adoption of the services directive,²² and of the Treaty amendments concerning public services.²³ Last, but perhaps not least, Opinion 1/94 came just a few years after the Member States had, as masters of the Treaties, emphatically rejected the extension of the common commercial policy to services. This was duly pointed out by the Council and some of the Member States in the proceedings.²⁴ Litigation which concerns matters of EU and Member States' competence is inherently and intensely constitutionalist, and there is nothing wrong with the Court taking the decisions of a recent IGC into account.

There is a more conceptual reading of these instances of pragmatism. As Von Bogdandy and Bast have pointed out, although the EU is not a state, there is hardly any chapter of law where its conceptual basis and its functioning are as close to

¹⁸ Case 59/84 *Tezi v Commission* [1986] ECR 887 and Case 242/84 *Tezi v Minister for Economic Affairs* [1986] ECR 933.

¹⁹ See Article 9 of Council Regulation (EC) No 1061/2009 establishing common rules for exports [2009] OJ L 291/1.

²⁰ Opinion 1/94, above note 9, paras 42–46.

²¹ Tridimas and Eeckhout 1994, pp. 161–162.

²² Directive 2006/123/EC on services in the internal market [2006] OJ L 376/36.

²³ Krajewski et al. 2009.

²⁴ Opinion 1/94, above n 9, p I-5306.

that of a federal state, as in the area of competences.²⁵ It is therefore unsurprising that federalism concepts have been employed to characterise the case-law, including the pragmatic handling of exclusivity. And it is equally unsurprising that German authors, in particular, have called the EU system one of “cooperative” federalism, rather than US-style “dual” federalism.²⁶ According to Von Bogdandy and Bast, cooperative federalism means that the Union’s competences cannot be regarded separately from those of the Member States, and it is based on inter-connections, interdependence and co-operation between the various entities of the federation.²⁷ Schütze specifically uses this concept to provide a narrative for some of the instances of pragmatism, referred to above.²⁸

It is indeed clear that, even in an area of exclusive competence such as commercial policy, EU and national competence are closely entwined. Not only is there the classic agency function of the Member States, which are responsible for implementing many of the EU’s commercial policy instruments. There is also an inherent meeting place with national competence, constituted by the classical exceptions to free trade—public health, environmental protection, public policy, etc.—which are as much part of those commercial policy instruments,²⁹ as they are present in EU internal market law. The EU’s exclusive competence does not mean that the Member States cannot act to block the importation, from a third country, of a product which is hazardous to human health; and rightly so of course. Whether one regards these exceptions as constituting a “specific authorization”, or as an act of delimitation of the scope of, respectively, the EU’s common commercial policy and national competence in public health matters, does not matter too much: the bottom line is that EU and national competence meet.

There is a third, important sense in which EU and national competence are entwined. Many of the obligations contracted by the EU in the sphere of the common commercial policy are, in effect, primarily directed to the Member States, not the EU. For example, in the field of trade in goods, incontrovertibly within the scope of the common commercial policy, Art III GATT requires national treatment (non-discrimination) of imported products in matters of indirect taxation and of market regulation. In practice, that commitment is probably more significant for the Member States than for the EU. Exclusive EU competence does not mean exclusive EU implementation of international commitments in the field of commercial policy. As the Court rightly remarked in the seminal *Kupferberg* decision³⁰:

²⁵ Von Bogdandy and Bast 2010, p. 275; Weiler 2003, p. 8.

²⁶ Von Bogdandy and Bast 2010, p. 285; Schütze 2009, Chap. 3.

²⁷ Ibid.

²⁸ Schütze 2009, pp. 175–179.

²⁹ See e.g. Case C-70/94 *Werner v Germany* [1995] ECR I-3189 and Case C-83/94 *Leifer and Others* [1995] ECR I-3231.

³⁰ Case 104/81 *Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg* [1982] ECR 3641, para 12.

The measures needed to implement the provisions of an agreement concluded by the Community are to be adopted, according to the state of Community law for the time being in the areas affected by the provisions of the agreement, either by the Community institutions or by the Member States. That is particularly true of agreements such as those concerning free trade where the obligations entered into extend to many areas of a very diverse nature.

The upshot of this is that, in an area of exclusive EU competence, the exercise of such competence not only affects national competences, but may even require the Member States to exercise their competence in a particular way, as they are subject to EU law, including the EU's international commitments.

It may further be noted that these forms of entwinement of EU and national competence cannot be easily reconciled with the Opinion of Kokott AG in the Vietnam case (*Commission v. Council*). That Opinion admittedly concerned the confused, and now fortunately lapsed, provision of Article 133(6) EC, post-Nice, according to which a commercial policy agreement could not be concluded by the Council if it included provisions which would go beyond the Community's internal powers. According to the Advocate General, the meaning and purpose of that sentence was "very generally, to put the Community's internal and external powers on a parallel footing and to prevent the Community from entering into external commitments to which it would be unable to give effect internally for want of sufficient powers".³¹ With respect, such a view disregards the very nature of the commercial policy powers which have been conferred upon the EU, and fails to appreciate the extent to which EU and national competence are necessarily entwined.

Whether one espouses the concept of cooperative federalism, or simply considers that Europe follows its own *Sonderweg*,³² it is indeed clear that exclusive competence does not mean that there are no interconnections between EU and national competence. Cooperation between the various entities of this special kind of federation is constantly required, and the gap between exclusive and shared competences is not as wide as might be thought.

2.3 Delimitation and Exclusivity

Most of the case-law on the EU's competence in matters of commercial policy is concerned with questions of scope, and not with the exclusive nature of that competence. This contribution does not attempt to address such questions. However, from the perspective of exclusivity there is a particular issue which merits further discussion. A large section of the case-law on the scope of the common commercial policy considers questions of delimitation of the commercial

³¹ Case C-13/07 *Commission v. Council*, para 142 of the Opinion; the case was later withdrawn, and there is therefore no judgment.

³² Weiler 2003.

policy competence *vis-à-vis* other EU competences—mostly in the field of environmental policy. Like in other delimitation contexts, the Court has developed and applied the test of the predominant purpose or component of the measure in issue.³³ That test includes the possibility that there are two purposes or components, neither of which is incidental. In that case, the act needs to be adopted on a dual legal basis (provided the procedure prescribed by the relevant Treaty provisions allows such duality). In the *Rotterdam Convention* and the *Chemicals Regulation* cases the Court found that the acts in question were subject to such duality, in that they came within the EU's commercial policy *and* environmental policy competences.³⁴

This has led Maduro AG to question, in the later *Shipments of Waste* case, what such duality actually involved.³⁵ In his opinion the Court was able to conclude that there was a duality, “only because it was possible, even though the measures in question contained two equal and indissociably linked components, to draw a clear distinction between what in those measures fell within the exclusive competence of the Community provided for by Article 133 EC and what fell within the shared competence conferred on the Community by Article 175 EC”.³⁶ However, in the *Rotterdam Convention* and the *Chemicals Regulation* cases that distinction is certainly not as plain as the Advocate General might like it to be. In those cases the Court in essence held that the prior informed consent procedure, although typically an instrument of environmental policy, had direct and immediate effects on trade. It therefore followed that the trade component was indissociably linked to the environmental component. It is very difficult to see in what way this analysis enables one to draw a clear distinction between what was covered by exclusive Community competence, and what fell within shared environmental competence.

Maduro AG did add that it “is even conceivable that one and the same provision may have a dual legal basis, as long as it relates to different purposes”. But even that hardly seemed the case in the judgments referred to: it was the *effects* on trade which created the commercial policy competence, not the purpose of the prior informed consent procedure, which was clearly environmental.

One wonders whether the Advocate General's pre-occupation with the co-existence of exclusive and shared competence is really justified. He drew attention to the fact that the residual legislative competence of the Member States in an area of shared competence could no longer be applicable if a measure was jointly founded on exclusive competence.³⁷ That is true, but it is also unremarkable, precisely in light of the EU's exclusive competence. In the field of environmental protection, the Member States indeed lose the ability to adopt more

³³ Eeckhout 2011, pp. 39–57.

³⁴ Case C-94/03 *Commission v Council* [2006] ECR I-1 and Case C-178/03 *Commission v European Parliament and Council* [2006] ECR I-107.

³⁵ Case C-411/06 *Commission v European Parliament and Council* [2009] ECR I-7585.

³⁶ *Ibid*, para 13 of the Opinion.

³⁷ *Ibid*, para 12.

stringent measures (Article 193 TFEU), if the act also has an indissociable commercial policy purpose or component. But there is a clear logic to that loss of national competence: the act has direct and immediate effects on trade, which justify exclusive competence and uniformity.

Moreover, as argued above, the distinction between exclusive and shared competences is not as sharp as might be thought, in that exclusive competence may leave some room for the Member States to act. Also, once the exclusive or shared competences have been exercised, the Member States are in any event bound to respect the EU acts in issue.

2.4 Trade and Foreign Policy

Questions of delimitation also arise as regards the common commercial policy and general foreign policy. They have exposed some of the strongest tensions between the EU's exclusive competence and what is traditionally regarded as within the province of national sovereignty. These questions have arisen in an area where trade policy and foreign policy unavoidably meet: trade and economic sanctions with foreign and security policy purposes. The EEC developed its own sanctions policy, early on, aided by the concept of exclusive competence *and* by the effectiveness of directly applicable regulations, conveniently adopted by ministers in Brussels who did not need to submit their acts to parliamentary scrutiny.³⁸

Prior to the introduction of the Common Foreign and Security Policy, the Court was unwavering in its conception that trade sanctions came within the scope of the common commercial policy, and were therefore subject to exclusive competence, notwithstanding the foreign and security policy objectives which they pursued. In *Centro-Com*, for example, a case concerning the UN-imposed trade embargo against Serbia, the Court rejected the United Kingdom's conception that the Community was merely implementing the exercise of national foreign policy competences. The Member States could not treat national measures whose effect was to prevent or restrict the export of certain products as falling outside the scope of the common commercial policy on the ground that they had foreign and security objectives.³⁹

The Maastricht Treaty introduced a specific legal basis for economic and financial sanctions: Articles 301 and 60 EC, acting as the (metaphorically inapposite) bridge between the First and the Second Pillar. Those provisions are currently incorporated in Article 215 TFEU, which speaks of the interruption or reduction of economic and financial relations with one or more third countries.

³⁸ See e.g. Kuijper 1993.

³⁹ Case C-124/95 *The Queen, ex parte Centro-Com v HM Treasury and Bank of England* [1997] ECR I-81, paras 23–30.

They continue to act as a bridge between policies coming within the TFEU, and the CFSP, as the Article 215 measures are triggered by a CFSP decision.

Clearly, Article 215 TFEU extends to the adoption of trade restrictions, as the latter are a prime instrument for reducing or interrupting economic, and indeed financial, relations. The current practice under this provision, which is extensive, confirms this. A prime example are the trade sanctions against Iran, aimed at combating that country's alleged nuclear proliferation policies.⁴⁰ However, this raises questions as regards the scope of the common commercial policy, and the exclusive competence which marks it, in relation to such trade restrictions. Are trade sanctions guided by foreign and security policy objectives no longer within the scope of the common commercial policy, and therefore no longer subject to exclusive EU competence? As long as such sanctions are adopted by the EU, the principle of exclusive competence is not violated. But what if a Member State were to adopt a trade sanction, on its own, on foreign or security policy grounds? The better view is that, other than in the context of, and in compliance with, the exceptions contained in the EU's own trade regulations (imports and exports), the Member States are not entitled to adopt trade measures with foreign or security policy objectives. Article 215 TFEU is merely a specific legal basis for EU trade sanctions; it does not generally carve out trade measures with foreign or security policy objectives from the scope of the common commercial policy.

2.5 *The Treaty of Lisbon*

The Treaty of Lisbon is in many ways a significant constitutional document for the further development of the EU's exclusive competence in commercial policy matters. It expressly confirms the exclusive nature of that competence—for the first time at Treaty level. It significantly extends such competence, in particular to foreign direct investment. And it modifies the earlier Nice provisions on the limitations to the EU's competence.

Article 3 TFEU confirms the EU's exclusive competence in the areas of the customs union and of the common commercial policy. Article 2(1) TFEU provides that in areas of exclusive competence “only the Union may legislate and adopt legally binding acts, the Member States being able to do so themselves only if so empowered by the Union or for the implementation of acts of the Union”. This language codifies the Court's case-law.⁴¹ It does so in a much more faithful way than the TFEU provisions on implied powers, analysed below. That, however, is

⁴⁰ Council Regulation (EU) No 267/2012 concerning restrictive measures against Iran and repealing Regulation (EU) No 961/2010 [2012] OJ L 88/1.

⁴¹ The English term “empowered” is different from the term “authorization” in the case-law; however, the French versions of the case-law and of the Treaty employ the same term, “habilitation”.

linked to the fact that the principle of express exclusive competence is much more straightforward than the concept of implied powers.

The TFEU also significantly expands the scope of the common commercial policy.⁴² It completes the gradual Treaty amendment process which consists of matching the common commercial policy with the overall scope of the WTO agreements: goods, services and the commercial aspects of intellectual property rights. The Treaty of Amsterdam had simply enabled the Council to extend the scope of the common commercial policy, whereas the Treaty of Nice had introduced very complex provisions which indicated a most ambivalent approach. The current TFEU is much clearer, in that it does not attach any qualifications to the extension to trade in services and the commercial aspects of intellectual property rights. There are special voting rules in Article 207(4) TFEU, for the conclusion of certain agreements, but the conferral of competences on the EU in these areas is complete, and equivalent to the conferral in the field of trade in goods. This is a remarkable instance of constitutional dialogue between the Court and the Member States as masters of the Treaties. In many other areas, the dialogue is one of codification of the case-law. Here, however, the Member States have chosen to go further than the Court went in Opinion 1/94. They have constitutionalised the institutional reality of the conduct of trade policy. That reality consists of a preponderant role for the Commission, fed by decades of institutional expertise and participation in GATT/WTO affairs. Ultimately, the Member States have acquiesced in that reality, notwithstanding the support which the Court's case-law had supplied for a competence of their own—or at least a shared competence—in WTO matters.

The further extension of the common commercial policy to foreign direct investment constitutes one of the most significant expansions of the EU's competences, resulting from the Lisbon Treaty. With a tick of the clock, an important and fast growing area of international law has moved from a position of very limited EU involvement to one of exclusive EU competence. There is a clear policy logic to this extension, no matter how strong the criticism in international investment law circles. Trade and investment issues are increasingly interlinked, as in fact the GATS exemplifies: international trade in services is also conducted by way of a commercial presence, which of course involves an investment. Modern forms of economic protectionism are often targeted at foreign companies, rather than trade flows. However, the Treaty act of an immediate conferral of exclusive competence, not preceded by the construction of an actual policy worthy of that name, creates an awkward legal reality, with which the Court will no doubt be

⁴² See e.g. Piris 2010, pp. 279–286; Craig 2010, pp. 389–391; Krajewski 2012.

confronted.⁴³ In practice, a long transitional period is likely to be required.⁴⁴ Mixed agreements may well be the end result,⁴⁵ as the concept of foreign direct investment does not include portfolio investment, which is traditionally also within the scope of international investment law. The unfolding story is likely to show, again, that the gap between exclusive and shared competences is not as big as may appear.

The Treaty of Lisbon also innovates in how it attempts to circumscribe and limit the commercial policy competence. Article 207(6) TFEU now provides that the *exercise* of that competence “shall not affect the delimitation of competences between the Union and the Member States, and shall not lead to harmonisation of legislative or regulatory provisions of the Member States insofar as the Treaties exclude such harmonization”. The second part is more straightforward than the first. It contains a clear reference to those Treaty provisions which exclude harmonisation.⁴⁶ The meaning here must be that an act adopted under the common commercial policy—be it an international agreement or an autonomous act—cannot entail the harmonisation of the laws of the Member States in, e.g. public health matters, because Article 168(5) TFEU excludes such harmonisation. However, the instruction that the exercise of the commercial policy competence must not affect the delimitation of competences between the Union and the Member States is more enigmatic. Clearly, the fact that a wide and exclusive commercial policy competence is conferred on the EU affects the delimitation of competences. Nor can the correct meaning be based on the principle of parallelism between external and internal competences, which Kokott AG employed in the Vietnam case, and which is referred to above. If Article 207(6) TFEU were to mean that the Union is prevented “from entering into external commitments to which it would be unable to give effect internally for want of sufficient powers”,⁴⁷ it would cut across the *Kupferberg* dicta, which correctly indicate that a trade agreement may dictate how the Member States exercise what is clearly their competence, for example in the field of indirect taxation. The better understanding

⁴³ Cases on bilateral investment treaties have already started coming before the Court: Case C-205/06 *Commission v Austria* [2009] ECR I-1301; Case C-249/06 *Commission v Sweden* [2009] ECR I-1335; Case C-118/07 *Commission v Finland* [2009] ECR I-10889; and Case C-264/09 *Commission v Slovakia*, judgment of 15 September 2011, not yet reported.

⁴⁴ See the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, COM/2010/0344 final.

⁴⁵ See the contribution by Timmermans.

⁴⁶ They are: Article 19(2) TFEU (incentive measures anti-discrimination policies); Article 79(4) TFEU (integration of immigrants); Article 84 TFEU (crime prevention); Article 153(2) TFEU (social policy cooperation); Articles 165(4) and 166(4) TFEU (education and vocational training); Article 167(5) TFEU (culture); Article 168(5) TFEU (health); Article 173(2) TFEU (industry); Article 189(2) TFEU (space policy); Article 195(2) TFEU (tourism); Article 196(2) TFEU (civil protection); Article 197(2) TFEU (administrative cooperation).

⁴⁷ Case C-13/07 *Commission v. Council*, para 142 of the Opinion.

of Article 207(6) is that it contains a general admonition not to construe the EU's commercial policy competence in an overly expansive way.

3 Implied Powers

3.1 *The Rationale of AETR: Pre-Emption, Rather than Implied Powers*

It is useful to start an analysis of the EU's exclusive implied powers with how the Court summarised the relevant principles in Opinion 2/91.⁴⁸ There the Court started by pointing out that, as it had stated in Opinion 1/76,⁴⁹ authority to enter into international commitments may not only arise from an express attribution by the Treaty, but may also flow implicitly from its provisions. One should note here that the Court is not speaking about implied powers or competences in any substantive, policy-oriented sense; it is merely referring to the authority (power) to enter into international commitments. The Court then further clarified the nature of that authority or power: whenever Community law created for the institutions of the Community powers within its internal system for the purpose of attaining a specific objective, the Community had authority to enter into the international commitments necessary for the attainment of that objective even in the absence of an express provision in that connection. Again the Court focused on international commitments—i.e. the conclusion of international agreements—which could be entered into even where the Treaty did not expressly provide for the conclusion of international treaties or agreements.

The Court then turned to exclusivity. The exclusive nature of the Community's competence had been recognised with respect to the common commercial policy and with respect to fisheries (Article 102 of the Act of Accession). It followed from that line of authority that the existence of such competence arising from a Treaty provision excluded any competence on the part of the Member States which was concurrent with that of the Community, in the Community sphere and in the international sphere. Note, here, that exclusive competence, flowing from the Treaty, in an area like the common commercial policy, extends to both internal law-making (the Community sphere) and to the conclusion of international agreements (the international sphere).

The Court then moved to the *AETR* principle. It stated that the exclusive or non-exclusive nature of the Community's competence did not flow solely from the provisions of the Treaty but could also depend on the scope of the measures which had been adopted by the Community institutions for the application of those provisions and which were of such a kind as to deprive the Member States of an

⁴⁸ Opinion 2/91 re Convention No 170 of the ILO [1993] ECR I-1061, paras 7–9.

⁴⁹ Opinion 1/76 re Inland Waterways [1977] ECR 741.

area of competence which they were able to exercise previously on a transitional basis. As the Court had stated in *AETR*,⁵⁰ where Community rules had been promulgated for the attainment of the objectives of the Treaty, the Member States could not, outside the framework of the Community institutions, assume obligations which might affect those rules or alter their scope.

The distinction which the Court made in Opinion 2/91 between implied external powers, and their exclusive or non-exclusive nature, is vital. In *AETR* the Court took two decisions. First, it accepted that the Community (now Union) could make use of international law instruments in an area of competence (in casu transport) where the Treaty did not provide for the conclusion of international agreements. These are the EU's implied external powers, as confirmed in a long line of cases since *AETR*: the Union may conclude an international agreement, also in areas where the Treaty does not provide for the use of that particular instrument. It is a clear and straightforward principle which is also rather unremarkable. It is a purely instrumental principle, which cannot extend the EU's powers in any substantive sense. Of course, one could also use the concept of "implied powers" for the purpose of indicating a wide approach towards express *substantive* powers, going beyond the express Treaty terms in a particular area of competence.⁵¹ But that is not the meaning given to this concept in the Court's case-law on implied external powers.

The second decision was the more significant one—not just in light of the theme of this chapter, but, much more importantly, for the development of the EU's international role. That decision amounted to recognising that, once the Community (now EU) had internally legislated in a particular area, the Member States lost their competence to conclude international agreements which could "affect" such internal legislation, or "alter its scope". The Community acquired an exclusive competence to do so.

The kind of exclusive external competence which the *AETR* judgment established is therefore better understood as a rule of pre-emption rather than a principle of implied powers. Member States are simply pre-empted from entering into international commitments which affect EU legislation, or alter its scope. It is in fact, at heart, a rule which is very similar to how the TFEU now describes the (internal) effect of the EU exercise of shared competences. According to Article 2(2) TFEU, in an area of shared competences, "[t]he Member States shall exercise their competence to the extent that the Union has not exercised its competence". That is not to say that the *AETR* pre-emption rule and the general pre-emption rule in Article 2(2) are identical. *AETR* pre-emption works inherently differently, because it concerns the conclusion of international agreements. Questions of pre-emption in fact rarely arise in an internal context—meaning the extent to which EU legislation pre-empts national legislation. The relationship between EU and

⁵⁰ Case 22/70 *Commission v Council* [1971] ECR 263.

⁵¹ See, for this more appropriate use of the concept of implied powers, the seminal study by Nicolaysen 1966.

national legislation is rarely looked at from a competence perspective, because there is the clear principle of primacy of EU law, which immediately settles any conflicts by giving precedence to EU legislation.⁵² However, the mere primacy of EU legislation is inadequate for resolving conflicts with international commitments entered into by the Member States. There is, when the Member States recognise the primacy of EU legislation over their international commitments, a third party involved: the non-member States (or international organisation) to whom the commitments are owed. The exclusive competence rule of *AETR* pre-empts not just national treaty-making competence, but also the creation of conflicting obligations for the Member States: international on the one hand, EU on the other. By recognising that only the EU may enter into international commitments which may “affect” EU legislation, the Court gave to the EU institutions the means to ensure that their internal acts are not challenged at international level in a manner which they cannot control.

3.2 *The Opinion 1/76 Conundrum*

The *AETR* pre-emption rule is, at least at a level of principle, clear and straightforward. By contrast, the references to exclusive competence in the context of Opinion 1/76, and more particularly in the later case-law which makes reference to that Opinion, are confusing, make little sense, and have served no conceivable purpose. This author has extensively analysed the issues elsewhere,⁵³ and does not consider it very useful to devote much space to them here.

In a nutshell, what the Court did in Opinion 1/76 was to establish that, even in the absence of internal EEC (now EU) legislation which could be affected, the Community could enter into international commitments where the Treaty created internal powers, and the participation of the Community in the international agreement was necessary for the attainment of one of the objectives of the Community.⁵⁴ It therefore confirmed the implied external powers doctrine in its instrumental sense: international agreements may be concluded in all areas of EU competence, whether or not the Treaty provides for such agreements, and whether or not there is internal legislation.

In Opinion 1/76 the Court did not refer to the concept of exclusive competence. However, in the Opinion 1/94 proceedings the Commission argued that the Community has exclusive competence whenever the conclusion of an agreement is necessary to attain one of the Community’s objectives. It considered that this was the case as regards Community participation in the newly created WTO, particularly as regards GATS. With respect, that argument was extravagantly wide. If

⁵² But see Waelbroeck 1982; Cross 1992.

⁵³ Eeckhout 2011, Chap. 3. See also the contribution by Timmermans.

⁵⁴ Opinion 1/76, above note 49, paras 3–4.

the Court had accepted it, there would have been a potential exclusive treaty-making competence in all areas of EU competence, exclusive or shared—whenever participation in an agreement is “necessary”. Furthermore, as Tizzano AG lucidly analysed in the *Open Skies* cases,⁵⁵ such a principle requires a decision on whether or not the conclusion of an agreement is necessary, and clearly that decision is in the hands of the institutions which have ultimate authority to commit the EU—meaning the Council, with the consent of the Parliament in certain cases (see Article 218(6) TFEU). But making the very concept of exclusive competence dependent upon a political decision is bad constitutional law. Principles of constitutional legality require that the Treaties themselves define the EU’s powers, in accordance with the principle of conferral (Article 5 TEU).⁵⁶

The Court did not accept the Commission’s argument, but in the wrong way, by focusing on the factual distinctions between Opinion 1/76 and Opinion 1/94. It pointed out that the objective of the Laying-Up Fund at issue in Opinion 1/76, which was to rationalise the inland waterways in the Rhine and Moselle basins, could not have been achieved by the adoption of mere internal EEC legislation, because of the traditional participation of Switzerland in navigation of those waterways. An agreement including Switzerland was therefore required. In more general terms, the Court said that, in such a case, it was understandable “that external powers may be exercised, and thus become exclusive, without any internal legislation having first been adopted”. In the sphere of services (GATS), this was not the case.⁵⁷

The above quotation raises more questions than it answers, and does not fit with the general system of the division of powers between the EU and its Member States. The Court accepted a notion of exclusivity which is distinctly unhelpful, in that it coincides with the exercise of EU competence. It is unhelpful because, by definition, questions about the exclusive or non-exclusive nature of EU competence arise prior to the exercise of that competence. The question of exclusivity is only relevant as regards the (vertical) division of competences between the EU and its Member States: exclusive competences can *only* be exercised by the EU. In other words, it is a question about the limits to national competences. By contrast, any EU competence, be it shared or exclusive, may of course be exercised, and to call any particular competence exclusive once it has been exercised contributes nothing to resolving questions about the vertical division of competences.

Moreover, the doctrine of exclusive implied powers is only relevant for areas of shared competence. Where the TFEU expressly confers exclusive competence on the EU, e.g. in the field of the common commercial policy, there is no need for the doctrine, because the Treaty itself confirms the exclusive treaty-making power. However, in areas of shared competence, one fails to see on what basis treaty-making should, in contrast with the power to make internal legislation, be

⁵⁵ Case C-466/98 *Commission v United Kingdom* [2002] ECR I-9247, Opinion Tizzano AG.

⁵⁶ See also von Bogdandy and Bast 2010, pp. 278–280.

⁵⁷ Opinion 1/94, above note 9, paras 85–86.

exclusive on grounds of a perceived “necessity” to achieve the Union’s objectives—a necessity, furthermore, established at the point of exercising the EU’s competence, and not prior to its exercise.

3.3 *The Many Forms of AETR Pre-emption*

In *AETR* the Court held that there was exclusive competence where the provisions of an international agreement “affected” or “altered the scope” of Community legislation. Those terms were not further clarified, and the regulation which was affected was on the exact same subject-matter as the AETR provisions. Moreover, that regulation provided that the Community could enter into international negotiations.⁵⁸

In Opinion 2/91 the Court again applied the *AETR* pre-emption rule. It found that, insofar as the agreement and Community legislation in issue each allowed for more stringent measures, the legislation could not be affected. However, the same Opinion also showed that there need not be conflict between the agreement and the legislation, for the latter to be affected. There was internal market legislation, on classification, packaging and labelling of dangerous substances, which had been progressively adopted to achieve an ever greater degree of harmonisation. Whilst there was no contradiction between that legislation and the relevant part of the ILO Convention dealing with the same subject, that kind of overlap was sufficient to create an exclusive Community competence.⁵⁹

Opinion 1/94 was a further instance. Although the Court found very few actual instances of *AETR* pre-emption, it attempted to clarify, and possibly expand the “affect” rule. In its GATS analysis, it articulated two instances of how exclusive competences could be created. That was the case, first, whenever the Community had included in its internal legislative acts provisions relating to the treatment of nationals of non-member countries (an issue specific to GATS) or expressly conferred on its institutions the powers to negotiate with non-member countries.⁶⁰ This latter type of exclusive competence resonates with the more recent case-law on the duty of co-operation, in cases where the EU has decided to enter into negotiations with third countries.⁶¹

The second instance concerned those cases where there is complete harmonisation of the rules governing access to a self-employed activity.⁶² Again this was

⁵⁸ Case 22/70 *Commission v Council*, above note 50.

⁵⁹ Opinion 2/91, above note 48, paras 22–26.

⁶⁰ Opinion 1/94, above note 9, para 95.

⁶¹ Case C-519/03 *Commission v Luxembourg* [2005] ECR I-3067 and Case C-433/03 *Commission v Germany* [2005] ECR I-6985.

⁶² Opinion 1/94, above note 9, para 96.

specific to GATS, which relates, *inter alia*, to foreign access to domestic service activities.

In the *Open Skies* cases Tizzano AG attempted further to clarify the *AETR* pre-emption rule. He emphasised the concern to safeguard the unity of the common market and the uniformity of Community law. Member States could not conclude international agreements, even if they reproduced the common rules *verbatim* or incorporated them by reference. The uniformity of Community law would still be in issue, for example in case of amendments to the common rules. Also, the incorporation risked distorting the nature and legal regime of the common rules, and entailed a real and serious risk that they would be removed from review by the Court. Member States could also not conclude agreements to *eliminate* conflicts with Community rules: the Community itself had to conclude such agreements.⁶³

The Advocate General also considered that there was a considerable area in between cases of conflict between an agreement and Community legislation, and cases where the agreement and the legislation covered the same subject-matter. An example was an agreement which concerned aspects which were contiguous to those governed by common rules; or an agreement which, although concerning a matter to a large extent regulated by common rules, related to aspects not yet regulated by those rules.⁶⁴

However, mere effects of an economic nature—in the *Open Skies* cases effects on the functioning of the internal air transport market—were not of such a kind as to create an exclusive competence.⁶⁵

The Court did not in terms confirm those statements, but its analysis of the actual pre-emptive effect of the relevant Community legislation followed the approach of its Advocate General. It recalled the general statements made in the previous case-law, and confirmed that mere economic effects cannot create exclusive implied powers.⁶⁶

In Opinion 1/03, on the new Lugano Convention, the Court attempted to consolidate its case-law on the *AETR* pre-emption rule.⁶⁷ It mentioned how in *Opinion 1/94* and in the *Open Skies* judgments it had set out three situations in which it recognised exclusive competence: (a) where the international commitments fell within the scope of common rules, or in any event within an area which

⁶³ Case C-466/98 *Commission v United Kingdom*, above note 55, Opinion Tizzano AG, paras 71–74.

⁶⁴ *Ibid.*, para 75.

⁶⁵ *Ibid.*, para 77.

⁶⁶ Case C-476/98 *Commission v Germany* [2002] ECR I-9855, paras 108–112. See also Case C-467/98 *Commission v. Denmark* [2002] ECR I-9519; Case C-468/98 *Commission v. Sweden* [2002] ECR I-9575; Case C-469/98 *Commission v. Finland* [2002] ECR I-9627; Case C-471/98 *Commission v. Belgium* [2002] ECR I-9681; Case C-472/98 *Commission v. Luxembourg* [2002] ECR I-9741; Case C-475/98 *Commission v. Austria* [2002] ECR I-9797; and Case C-523/04 *Commission v. Netherlands* [2007] ECR I-3267.

⁶⁷ Opinion 1/03 re Lugano Convention [2006] ECR I-1145, paras 114–133.

was already largely covered by such rules; (b) whenever the Community had included in its internal legislative acts provisions relating to the treatment of nationals of non-member countries or expressly conferred on its institutions powers to negotiate with non-member countries; and (c) where the Community had achieved complete harmonisation in a given area. Noting that those three situations had given rise to much debate, the Court however emphasised that they were only examples, formulated in the light of the particular contexts with which the Court was concerned. It recalled that, ruling in much more general terms, it had found there to be exclusive competence where the conclusion of an agreement by the Member States was incompatible with the unity of the common market and the uniform application of Community law; or where, given the nature of the existing Community provisions, any agreement in that area would necessarily affect the Community rules within the meaning of *AETR*. On the other hand, there was no exclusive competence in the minimum standards situation of *Opinion 2/91*, or where the alleged distortions in the flow of services, referred to in the *Open Skies* cases, could arise.

The Court subsequently recalled the principle of conferred powers. Any competence, especially where it was exclusive and not expressly conferred by the Treaty, had to have its basis in conclusions drawn from a specific analysis of the relationship between the agreement envisaged and the Community law in force and from which it was clear that the conclusion of such an agreement was capable of affecting the Community rules.

Continuing its reasoning, the Court further explored the test of “an area which is already covered to a large extent by Community rules”.⁶⁸ It stated that it was not necessary for the areas covered by the agreement and the Community legislation to coincide fully. The assessment had to be based not only on the scope of the rules in question but also on their nature and content. It was also necessary to take into account not only the current state of Community law but also its future development, insofar as that was foreseeable at the time of the analysis.

The Court concluded its general analysis in the following terms. A comprehensive and detailed analysis had to be carried out to determine whether the Community had the competence to conclude an international agreement and whether that competence was exclusive. In doing so, account had to be taken not only of the area covered by the Community rules and by the provisions of the agreement envisaged, insofar as the latter were known, but also of the nature and content of those rules and provisions, to ensure that the agreement was not capable of undermining the uniform and consistent application of the Community rules and the proper functioning of the system which they established.

⁶⁸ *Opinion 2/91*, above note 48, paras 25–26.

3.4 *The Treaty of Lisbon*

The principles resulting from the above case-law are now reflected in two provisions of the TFEU. Article 216(1) provides:

The Union may conclude an agreement with one or more third countries or international organisations where the Treaties so provide or where the conclusion of an agreement is necessary in order to achieve, within the framework of the Union's policies, one of the objectives referred to in the Treaties, or is provided for in a legally binding act of the Union or is likely to affect common rules or alter their scope.

This provision addresses express and implied powers to conclude international agreements in general, and does not distinguish between exclusive and shared competences. Article 3(2) TFEU, on the other hand, focuses on exclusive competence:

The Union shall also have exclusive competence for the conclusion of an international agreement when its conclusion is provided for in a legislative act of the Union or is necessary to enable the Union to exercise its internal competence, or insofar as its conclusion may affect common rules or alter their scope.

The formulation and interaction of those two provisions is puzzling.⁶⁹ There are only limited differences in wording, yet those differences may appear important, since Article 3(2) concerns exclusive competence, and Article 216(1) addresses, one assumes, both shared and exclusive competence. The differences are that, for there to be exclusive competence, (a) there must be a legislative act providing for the conclusion of the agreement, and not just a legally binding act; and (b) the agreement must be necessary to enable the Union to exercise its internal competence, and not just to achieve a Union objective. The difference in wording as regards agreements affecting common rules or altering their scope appears insignificant, if not contradictory: for there to be exclusive competence it is sufficient that the agreement 'may' affect common rules or alter their scope, whereas for competence, generally, the agreement must be 'likely' to do so.⁷⁰

As Cremona has indicated, a purely textual analysis of the almost identical wording in Articles 3(2) and 216(1) suggests that implied shared competence would disappear, and that all implied competences would be exclusive.⁷¹ However, one should not excessively focus on the precise wording of these provisions. They were copied from the Constitution for Europe, and it is clear that the drafters of the Constitution intended to codify (in summary form) the principles emanating from the case-law which this chapter analyses.⁷² Accordingly, one may

⁶⁹ Craig 2010, pp. 166–167; Cremona 2008, pp. 58–62.

⁷⁰ The French, German, Dutch, Italian and Spanish versions do not show a distinction between 'may' and 'is likely'.

⁷¹ Cremona 2008, p. 62.

⁷² Final report of Working Group VII on External Action, CONV 459/02 at 4 and 15–16. See also Cremona 2003.

assume that the Court will keep a certain freedom as regards developing its implied-powers case-law. Indeed, it has already done so prior to the entry into force of the Lisbon Treaty, as Opinion 1/03 post-dated the text of the Constitution for Europe, and attempted to develop a coherent and comprehensive approach towards, in particular, exclusive implied powers, an approach which is not wholly reflected in the TFEU provisions.

4 Concluding Remarks

The concept of exclusive external competence, which the Court articulated in the absence of express guidance in the founding Treaties, has effectively constitutionalised the sphere of what is now called EU external action. Some might question whether such Court-led constitutionalisation was ever legitimate. Was not the original EEC Treaty sparsely worded as regards external relations, and did that not indicate that its framers did not seek a strong international role for the EEC? However, a closer analysis of the case-law reveals that external and internal competences are closely linked. It is precisely the proper development and exercise of *internal* competences which led the Court to coin the concept of exclusivity. In light of the strong link with the common/internal market, the common commercial policy has to be uniform, and this uniformity requires exclusive EU competence. *AETR* exclusive implied powers are no more than a particular form of pre-emption: it is to safeguard the effectiveness and uniformity of internal EU legislation, that the Member States are precluded from entering into international commitments which could affect such legislation or alter its scope.

Today the *AETR* doctrine produces effects throughout EU law territory, which has itself greatly expanded over the last couple of decades. Those effects are that, in areas where the EU has internal competences and has legislated, it is becoming next to impossible for the Member States to conclude international treaties and agreements without involving the EU. That does not mean that EU exclusive competence easily extends to the whole agreement—like the in that sense exceptional Lugano Convention case. More often than not the exclusive competence is limited to a particular part of a treaty or agreement, or even to some specific provisions—leading to mixed agreements (see the contribution by Timmermans). But the *AETR* requirement of EU participation is necessary to ensure that the relevant EU legislation is protected from external interference. Without *AETR*, the EU would never have managed to participate in as many areas of international lawmaking as it does today. The *AETR* pre-emption criteria which the Court has developed over the decades are sophisticated, and not straightforward to apply. In practice, however, as soon as some *AETR* effect is established, EU participation is required, and therefore the sophistication of the case-law is rarely an issue.

The story of the common commercial policy stands in some contrast with that of *AETR*. Notwithstanding the confirmation of exclusive competence, the Court

was pragmatic in handling exclusivity, and reluctant, particularly in Opinion 1/94, to extend the scope of the common commercial policy in the face of Member States' strong resistance. As was noted, the Treaties have, in this area, surpassed the Court's case-law, by confirming the extension of the common commercial policy to all WTO matters, and by projecting a common policy on foreign direct investment. It is, fortunately, not invariably the Court which takes the constitutional lead.

Lastly, the above analysis shows that the gap between exclusive and shared competences is not as wide as might be thought. Also, within the sphere of express exclusive competences there is considerable scope for Member State action, either as a result of a "specific authorization", or in the context of provisions enabling the Member States to derogate from the free-trade principles which import and export regulations establish. A comparable observation can be made regarding *AETR*: the principle is, as was argued, no more than an elaborate pre-emption principle, and in that sense related to shared rather than exclusive competences. In areas of shared competences, internal EU legislation has a particular pre-emptive effect for the conclusion of international agreements.

Overall, the case-law on exclusive external competences is a remarkable achievement, which has enabled the EU to become an international actor, in consonance with its internal competences, policies and objectives.

References

- Craig P (2010) *The Lisbon Treaty—law, politics, and treaty reform*. Oxford University Press, Oxford
- Cremona M (1990) The completion of the internal market and the incomplete commercial policy of the European Community. *Eur Law Rev* 15:283
- Cremona M (2003) The draft constitutional treaty: external relations and external action. *Common Market Law Rev* 40:1351
- Cremona M (2008) Defining competence in EU external relations: lessons from the treaty reform process. In: Maresceau M, Dashwood A (eds) *Law and practice of EU external relations*. Cambridge University Press, Cambridge, pp 34–69
- Cross ED (1992) Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: a framework for analysis. *Common Market Law Rev* 29:447
- Eeckhout P (1994) *The European internal market and international trade—a legal analysis*. Oxford University Press, Oxford
- Eeckhout P (2011) *EU external relations law*, 2nd edn. Oxford University Press, Oxford
- Hillion C, Koutrakos P (eds) (2011) *Mixed agreements revisited*. Hart Publishing, Oxford
- Krajewski M (2012) The reform of the common commercial policy. In: Biondi A, Eeckhout P, Ripley S (eds) *EU law after Lisbon*. Oxford University Press, Oxford, pp 290–309
- Krajewski M, Neergaard U, van de Gronden J (eds) (2009) *The changing legal framework for services of general interest in Europe*. TMC Asser Press, The Hague
- Kuijper PJ (1993) Trade sanctions, security and human rights and commercial policy. In: Maresceau M (ed) *The European community's commercial policy after 1992: the legal dimension*. Martinus Nijhoff, Dordrecht, pp 387–422
- Nicolaysen G (1966) Zur Theorie von den Implied Powers in den Europäischen Gemeinschaften. *Europarecht* 2:129

- Piris J-C (2010) *The Lisbon Treaty—a legal and political analysis*. Cambridge University Press, Cambridge
- Schütze R (2009) *From dual to cooperative federalism—the changing structure of European Law*. Oxford University Press, Oxford
- Tridimas T, Eeckhout P (1994) The external competence of the community and the case-law of the Court of Justice: principle versus pragmatism. *Yb Eur Law* 14:143
- Von Bogdandy A, Bast J (2010) The federal order of competences. In: Von Bogdandy A, Bast J (eds) *Principles of European Constitutional Law*. Hart Publishing, Oxford, pp 275–307
- Waelbroeck M (1982) The emergent doctrine of community pre-emption—consent and re-delegation. In: Sandalow T, Stein E (eds) *Courts and free markets*. Oxford University Press, Oxford, pp 548–580
- Weiler JHH (1999) *The constitution of Europe*. Cambridge University Press, Cambridge
- Weiler JHH (2003) In Defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg*. In: Weiler JHH, Wind M (eds) *European constitutionalism beyond the state*. Cambridge University Press, Cambridge, pp 7–23

L'effet direct des accords internationaux

Jacqueline Dutheil de la Rochère

Résumé Mieux vaut parler de l'invocabilité directe des accords extérieurs de l'Union et réserver le concept d'effet direct au champ de la mise en œuvre du droit de l'Union dans les Etats membres. De l'examen de la jurisprudence il ressort que l'invocabilité directe des dispositions des accords extérieurs n'est ni proscrite en principe, ni systématiquement acceptée par le juge européen. La jurisprudence, surtout dans les années récentes, se révèle foncièrement casuistique. S'agissant des accords multilatéraux, le juge se livre à un triple test : que l'accord soit obligatoire pour l'Union (question de compétence), que l'esprit et l'économie générale de l'accord ne s'opposent pas à ce que lui soit reconnu l'effet direct, que les dispositions invoquées comme source de légalité soient inconditionnelles et suffisamment précises. Appliquant le deuxième test au cas de l'OMC et à quelques autres grandes conventions le juge européen a très souvent conclu au défaut d'invocabilité directe, affirmant ainsi la forte autonomie du droit de l'Union par rapport au droit international. Les rares exceptions envisagées sont interprétées restrictivement afin de laisser aussi entière que possible la marge de manœuvre de l'Union comme acteur international.

Cette question de l'effet direct des accords internationaux sur laquelle la Cour a eu maintes fois l'occasion de se prononcer, produisant une jurisprudence complexe, difficile à systématiser, nous plonge au cœur de la réflexion sur la nature du droit communautaire/droit de l'Union. Le concept d'effet direct qui a pris son essor dans la jurisprudence de la Cour à propos des traités fondateurs, pour s'étendre ensuite

Professeur émérite Université Panthéon-Assas Paris II.

J. Dutheil de la Rochère (✉)
Université Panthéon-Assas Paris II, Paris, France
e-mail: Jacqueline.Dutheil-de-la-Rochere@u-paris2.fr

au droit dérivé – règlements et, sous certaines conditions, directives et décisions – visait avant tout à assurer une application uniforme du droit communautaire/droit de l'Union dans l'ensemble des Etats membres. On ne rappellera pas ici les étapes infiniment connues et classiques de cette jurisprudence hardie dont l'articulation minutieuse a permis, au-delà de certaines critiques et résistances ponctuelles, la remarquable pénétration d'un droit communautaire/droit de l'Union relativement cohérent dans l'ordre juridique interne des Etats membres. Sans les statues tutélaires de *Van Gend en Loos* et *Costa* à la porte du droit communautaire/droit de l'Union européenne, ce dernier n'aurait acquis ni l'autonomie, ni la spécificité qui sont les siennes par rapport aux ordres juridiques existants que sont le droit international et les droits nationaux.

L'effet direct des accords internationaux conclus par l'Union relève d'une problématique différente. La question qui se pose est celle de savoir si et dans quelles conditions les personnes physiques et morales peuvent invoquer à leur bénéfice, devant les juridictions nationales et devant les juridictions de l'Union, les dispositions des accords internationaux conclus par l'Union. Quelle que soit la similitude des vocables, il faut se garder des assimilations trop rapides. Les raisons qui ont conduit la Cour à développer largement la présomption d'effet direct, dans les droits nationaux des Etats membres, du droit originaire et dérivé de l'Union s'appliquent-elles également pour cette catégorie très particulière de droit dérivé que constituent les accords internationaux? Les solutions peuvent/doivent-elles être les mêmes pour tous les accords? Avec les accords internationaux on sort du jeu proprement communautaire : des partenaires étatiques extérieurs sont en cause. On en vient même à se demander si les problématiques ne sont pas tout simplement antithétiques. La notion d'effet direct en droit communautaire a servi dès l'origine à construire un droit d'intégration accepté par les Etats membres, bénéficiant de la primauté dans l'ordre juridique interne de ces Etats membres. Or, plus ce droit communautaire a réussi à se consolider, plus l'Union a cherché à s'imposer comme entité propre sur la scène internationale. Elle a alors revendiqué le droit de définir avec ses partenaires extérieurs le mode de pénétration en droit de l'Union des normes internationales conventionnellement négociées. Dès lors, l'Union européenne ne se comporte pas très différemment des acteurs majeurs du droit international que sont les Etats, modérément monistes et raisonnablement dualistes ; l'invocabilité directe des dispositions des accords extérieurs n'est ni proscrite en principe, ni systématiquement acceptée par le juge européen. La jurisprudence surtout dans les années récentes, se révèle foncièrement casuistique.

On voudrait rappeler quelques généralités sur la manière dont la Cour a d'abord introduit la réflexion sur l'effet direct possible des accords internationaux (1), avant de s'attacher à la jurisprudence récente, plutôt restrictive, concernant notamment les accords multilatéraux (2), puis évoquer enfin les éventuelles solutions de substitution à l'absence d'effet direct au sens strict (3).

1 Quelques généralités

Le juge communautaire ayant à se prononcer sur les relations entre droit international conventionnel et droit interne communautaire n'est pas parti de rien. La question des rapports entre ordres juridiques est des plus classique, qualifiée de « pont aux ânes » par certain.¹ S'agissant de l'ordre communautaire elle revêt certains aspects un peu spécifiques mais qui n'interdisent pas cependant de recourir aux schémas classiques de réflexion. Lorsque la Communauté/l'Union s'engage dans des accords extérieurs, la mise en œuvre suppose, dans bien des cas, l'intervention d'organes et l'adoption de mesures d'exécution tantôt dans l'ordre proprement communautaire, tantôt au niveau des Etats membres.

1.1 En droit international

On dit d'une norme conventionnelle créée dans l'ordre international qu'elle est d'applicabilité directe, d'effet direct, lorsqu'elle fait naître dans l'ordre interne des parties à l'accord des droits au bénéfice des personnes privées, physiques ou morales. Ceci permet alors à ces personnes d'en demander elles-mêmes application aux organes des pouvoirs publics ou, à défaut, aux tribunaux de l'ordre juridique interne. Dans la mesure où le droit communautaire/droit de l'Union s'exécute à un double niveau, le test de l'effet direct dans l'Union d'une norme conventionnelle extérieure s'effectuera tant devant les juridictions des Etats membres que devant le juge de l'Union, avec les mécanismes de régulation que l'on sait, notamment le renvoi préjudiciel.

Dans le cadre interétatique traditionnel, l'applicabilité directe est d'abord fonction de l'option constitutionnelle de l'Etat considéré à l'égard des rapports entre son propre ordre juridique et l'ordre juridique international. On ne reviendra pas ici sur l'ambiguïté de la plupart des énoncés constitutionnels. On se contentera d'observer que l'Union européenne n'a pas de constitution et que, à supposer que les traités fondateurs soient considérés—pour la question qui nous intéresse—comme jouant le rôle de constitution, ils se contentent d'affirmer que « Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les Etats membres » (art. 216 TFUE, ex art. 301 CE). Comme nombre de constitutions nationales, le droit primaire de l'Union n'exclut, ni n'impose l'effet direct ; obligation ne rime pas avec invocabilité.

On a pu observer en pratique que même si une entité ouvre son ordre juridique aux normes de l'ordre juridique international, toutes ne sont pas pour autant dotées automatiquement de l'applicabilité directe. Une norme ne revêt une telle qualité que si elle présente au moins deux caractères, l'un subjectif, l'autre objectif.

¹ Virally 1964, p. 488 et s.

La condition subjective résulte du droit international. Elle a été posée par la Cour Permanente de Justice Internationale en 1928 dans son avis relatif à la compétence des tribunaux de Dantzig.² Il en découle qu'en général un accord international n'est pas destiné à créer des droits et des obligations pour les particuliers ; mais il peut résulter de son interprétation et tout particulièrement de la recherche de la volonté des parties, qu'un accord ou certaines dispositions d'un accord puissent être invoqués par un particulier. Selon le droit international, l'intention des parties constitue la condition subjective de l'applicabilité directe.

La condition objective concerne le contenu de la norme. Il faut que celui-ci soit suffisamment précis et ne nécessite pas, pour la mise en œuvre, l'adoption de mesures d'application internationales ou internes. Il faut, en d'autres termes, que la norme internationale soit juridiquement et matériellement achevée pour être d'applicabilité directe dans un ordre interne. En pratique ce sont davantage les normes conventionnelles que coutumières qui peuvent être d'application directe dans l'ordre interne ; les normes coutumières sont en effet souvent insuffisamment précises dans leur contenu. Du fait de la diversification des objets du droit international, on constate un accroissement sensible du nombre des normes internationales susceptibles d'intéresser la situation des personnes privées. Par ailleurs, une valeur auto-exécutoire est parfois reconnue à des actes unilatéraux émanant de certaines institutions internationales. Toutefois, on ne saurait exagérer la portée de ces phénomènes. Comme l'observe un spécialiste reconnu du droit international « les normes internationales répondant aux critères énoncés (...) demeurent largement minoritaires soit parce qu'elles ne peuvent être considérées comme intéressant directement les personnes privées, soit parce que, le faisant, elles appellent l'intervention ultérieure de règles d'application ».³

Ce sont les tribunaux des Etats qui ont eu à mettre en œuvre ce principe de l'effet direct possible de certaines normes internationales conventionnelles. Il en résulte une grande diversité de prises de position, parfois fort peu explicites. En effet, contrairement à ce que l'on pourrait croire, la question n'est pas réservée aux Etats qui pratiquent le monisme, c'est-à-dire la reconnaissance d'un continuum entre l'ordre interne et de l'ordre international. Même dans les pays dualistes, dans lesquels les traités internationaux ne peuvent avoir d'effet en droit interne qu'à la suite d'une incorporation, les tribunaux sont amenés à examiner les traités pour déterminer, lorsqu'ils sont incorporés, quelles sont les dispositions qui pourraient être à l'origine de droits invocables par les particuliers.⁴

² Série B n°15, p. 15 et s.

³ Dupuy 2002, p. 371.

⁴ Manin 2000, p. 165.

1.2 *En droit de l'Union*

La Cour de Justice de l'Union a eu à faire ce travail d'interprétation à l'égard des accords auxquels la Communauté/l'Union est partie. Lorsque l'accord est purement communautaire – un ou plusieurs tiers et la Communauté ou l'Union – l'ensemble de l'accord est régi par les critères d'interprétation définis par la Cour. Lorsque l'accord est « mixte »⁵ – un ou plusieurs tiers, la Communauté/l'Union, les Etats membres de la Communauté/Union – la partie de l'accord qui ne relève pas des compétences communautaires peut faire l'objet d'une interprétation autonome par les juridictions des Etats membres. Toutefois, si la répartition des compétences entre la Communauté/Union et les Etats membres n'est pas clairement établie et tranchée, la Cour estime qu'il existe « un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, une disposition qui trouve à s'appliquer aussi bien à des situations relevant du droit national qu'à des situations relevant du droit communautaire reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer ».⁶

La Cour de Justice ayant eu à répondre à des questions posées à titre préjudiciel par les juridictions des Etats membres et ayant à leur indiquer la marche à suivre, le contenu des arrêts de la Cour est plus développé et souvent plus explicite que celui des décisions des juridictions nationales statuant dans ces domaines. On notera toutefois que la condition d'invocabilité directe vaut quelle que soit la nature du recours au soutien duquel est allégué un moyen tiré de la violation d'un accord international.⁷ La jurisprudence portant sur l'effet direct des accords internationaux auxquels la Communauté/Union est partie est assez abondante. L'arrêt le plus complet et dans lequel la Cour a fait une véritable synthèse de sa doctrine est celui rendu dans l'affaire *Kupferberg* du 26 octobre 1982.⁸ Pour la Cour, la recherche de l'effet direct des dispositions d'un accord international doit normalement suivre une démarche en deux étapes qui rappelle la double démarche subjective et objective ci-dessus rappelée comme étant celle prônée en droit international. Le premier critère est la **volonté des parties** de conférer ou non à certaines dispositions de l'accord vocation à créer des droits au profit des particuliers. Tenant compte du fait que « les effets, dans la Communauté, des dispositions d'un accord conclu par celle-ci avec un pays tiers ne sauraient être déterminés en faisant abstraction de l'origine internationale des dispositions en cause », il faut admettre que « conformément aux principes du droit international,

⁵ Sur l'ensemble de la question, dans le présent ouvrage voir Christian Timmermans, *La Cour de Justice et les accords mixtes*.

⁶ 16 juin 1998, *Hermès International et FHT Marketing Choice BV*, C-53/96, point 32.

⁷ Voir sur cette question concl. Maduro, C-120/06 P et C-121/06 P, *FIAMM*, 20 février 2008, points 28–31.

⁸ 26 octobre 1982, *Kupferberg* 104/81, rec. p. 3641. Pour une analyse approfondie de cette affaire voir, dans cet ouvrage, Marc Maresceau, *La Cour de Justice et les accords bilatéraux*.

les institutions communautaires qui sont compétentes pour négocier et conclure un accord avec un pays tiers sont libres de convenir avec celui-ci des effets que les dispositions de l'accord doivent produire dans l'ordre interne des parties contractantes » (*Kupferberg*, point 17). Dans un second temps, si la recherche de la volonté des parties n'exclut pas de façon probante la possibilité d'un effet direct, il faut recourir à **l'interprétation du texte conventionnel** lui-même. Cette deuxième démarche comporte, d'une part, l'interprétation globale de l'accord afin de déterminer si, par sa nature, sa formulation ou tout autre élément, il n'est pas insusceptible de créer des droits au profit des particuliers, puis d'autre part, le cas échéant, une analyse de la disposition en cause pour déterminer si elle est suffisamment précise et inconditionnelle pour conférer des droits.

On peut ainsi observer que la Cour se conforme aux méthodes générales d'interprétation des traités et applique le principe fondamental de la recherche de la volonté des parties.

2 La jurisprudence récente, concernant notamment les accords multilatéraux

Nous ne nous étendrons pas sur la question de l'effet direct des accords bilatéraux qui fait l'objet d'une contribution spécifique dans cet ouvrage.⁹ Nous rappellerons cependant que dans les premières années, fondatrices de la jurisprudence de la Cour en la matière, la distinction entre accords bilatéraux et accords multilatéraux ne semble pas particulièrement pertinente.

La première fois que la Cour a eu à se poser la question de l'effet direct d'un accord international, ce fut à propos du GATT dans l'arrêt *International Fruit Company* du 14 décembre 1972¹⁰; la Cour conclut que « ni l'esprit, ni l'économie, ni les termes de l'accord » (souplesse, possibilité de dérogation, mécanisme de règlement des différends) ne justifiait la reconnaissance de l'effet direct à ses dispositions. Deux ans plus tard, dans l'arrêt *Haegeman*,¹¹ la Cour a été appelée à se prononcer par voie de renvoi préjudiciel sur l'interprétation de certaines dispositions de l'accord d'association avec la Grèce. Elle affirme que les accords internationaux font « partie intégrante » de l'ordre juridique communautaire ; ils n'ont pas besoin d'être introduits ou transformés en acte interne de droit communautaire pour développer des effets juridiques internes (attitude moniste). La Cour introduit le principe de supériorité des engagements internationaux sur le droit interne communautaire, supériorité conditionnée toutefois à l'effet direct de la disposition comme condition de son invocabilité. Une série d'arrêts ultérieurs ont ensuite décliné les conditions de l'invocabilité directe. On a déjà cité l'arrêt

⁹ Marc Maresceau, *ibid.*

¹⁰ Aff. 21-24/72 [1972] R.p. 1219.

¹¹ 30 avril 1974, aff. 131/73, R.p. 459.

Kupferberg du 26 octobre 1982 à propos de l'accord de libre échange avec le Portugal. On peut mentionner également l'arrêt *Demirel* du 30 septembre 1987 à propos de l'accord d'association avec la Turquie : « Une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec des pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise, qui n'est subordonnée, dans son exécution, à l'intervention d'aucun acte ultérieur ».¹²

2.1 *Invocabilité des accords d'association et de partenariat*

Beaucoup de dispositions d'accords d'association ou de partenariat, particulièrement celles qui instituent des libertés de circulation des personnes, ont été considérées comme ayant un effet direct au vu, d'une part, de l'objet et de la nature de l'accord et, d'autre part, du caractère clair et précis des obligations, non subordonnées dans leur exécution à l'intervention d'un acte ultérieur. Pour l'accord avec la Turquie, outre l'arrêt *Demirel*, on peut mentionner les arrêts *Abatay* et *Sahim* du 21 octobre 2003,¹³ *Cetinkaya*¹⁴ du 11 novembre 2004. La Cour, étendant son raisonnement aux actes des institutions créées par accord international, a également admis dans l'arrêt *Sevince*¹⁵ un effet direct, aux mêmes conditions, pour les décisions du Conseil d'association CEE-Turquie. L'accord d'association de la CEE avec le Maroc,¹⁶ avec l'Algérie,¹⁷ les « accords européens » avec la Pologne, la République tchèque,¹⁸ la Bulgarie, la Slovaquie¹⁹ ont fait l'objet de jurisprudences admettant la possibilité d'un effet direct de certaines dispositions. Cela paraît moins lié à la nature bilatérale ou non de ces accords, qui souvent sont en réalité des accords mixtes avec certaines dimensions multilatérales – réunissant les Etats membres à côté de la Communauté/Union –, qu'à la nature du projet d'association ou de partenariat qui souligne l'identité d'objectif avec le marché commun lui-même et justifie l'interprétation de dispositions parallèles à celles qui figurent dans les traités primaires ou le droit dérivé, dans la même perspective d'efficacité maximum qui est la justification première de la reconnaissance de l'effet direct aux dispositions de droit interne communautaire. Certains auteurs sont même allés jusqu'à souligner le caractère pratiquement rituel de la référence à

¹² 30 septembre 1987, aff. 12/86, R.p. 3747.

¹³ C-317/01 et C-369/01.

¹⁴ C-467/02.

¹⁵ 20 septembre 1990, C-192/89, I-3461.

¹⁶ 31 janvier 1991, *Kziber*, C-18/90, CDE 1991, 531 note D. Martin.

¹⁷ 16 janvier 1998, *Henia Babahenini*, C-113/97 I-183.

¹⁸ 20 novembre 2001, *Aldona Malgorzata Jany e.a.*, C-268/99, I-8615.

¹⁹ 16 novembre 2004, *Lili Georgieva Panayotova, et a.*, C-327/02.

l'objet et au but des accords d'association, de coopération, de partenariat²⁰: la Cour conclut quasiment automatiquement qu'il n'y a pas d'obstacle à la reconnaissance de l'effet direct, sauf si l'accord précise expressément le désir des parties qu'il n'y ait pas d'effet direct (cf accords de libre échange avec la Corée, avec la Colombie et le Pérou, cités par Maresceau). Tout dépend finalement de la seconde série de conditions concernant le caractère inconditionnel et suffisamment précis des dispositions en cause, c'est-à-dire de l'interprétation des clauses mêmes. De ce point de vue le professeur Maresceau souligne avec raison l'importance des interférences entre la question de l'effet direct et celle de l'interprétation des dispositions de droit matériel concerné.

2.2 *Invocabilité des conventions internationales en général*

La question de l'invocabilité de conventions internationales susceptibles de servir de base au contrôle de légalité de normes de droit dérivé de l'Union européenne s'est posée à plusieurs reprises devant la Cour, à l'occasion de recours de personnes physiques devant des juridictions nationales, ayant fait l'objet de renvois préjudiciels et, plus récemment, dans des recours en réparation. Le problème initialement centré sur les accords OMC, s'est élargi ces dernières années à d'autres grandes conventions portant sur le droit de la mer, le transport aérien ou la protection de l'environnement, témoignant de l'engagement toujours plus marqué de l'Union européenne dans le concert international auquel elle participe comme sujet à part entière. Selon une jurisprudence qui semble assez bien fixée, les conditions de l'invocabilité directe des dispositions d'un accord international sont au nombre de trois : il faut que l'accord soit obligatoire pour l'Union européenne ; il faut que l'esprit et l'économie générale de l'accord ne s'opposent pas à ce que lui soit reconnu un effet direct ; il faut, enfin, que les dispositions invoquées comme source de légalité soient inconditionnelles et suffisamment précises.

2.2.1 *Caractère obligatoire de l'accord*

Pour un accord bilatéral, la question ne se pose pas : l'Union est partie aux accords qu'elle conclut. Pour les accords multilatéraux, la problématique est parfois différente. L'Union peut certes être partie à l'accord : c'est le cas de l'accord OMC,²¹ de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer²² ou encore du

²⁰ Jacobs 2009, pp. 13–55.

²¹ 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/98 I-8395 ; 30 septembre 2003, *Biret c. Conseil*, C-94/02P ; 1^{er} mars 2005, *Van Parys*, C-377/02 ; 9 septembre 2008, *FIAMM*, C-120/06P et 121/06P.

²² 3 juin 2008, *Intertanko*, C-308/06.

Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques du 11 décembre 1997, entré en vigueur le 16 février 2005, ou de l'accord de transport aérien dit « ciel ouvert » entre la Communauté européenne et les Etats-Unis des 25-30 avril 2007, ces deux derniers accords longuement examinés dans l'arrêt *ATAA* du 21 décembre 2011.²³ En revanche, la Cour a eu à se prononcer sur des cas où le caractère obligatoire de l'accord pour l'Union était moins évident, ne se justifiant que par le fait que l'Union se substituait à des compétences précédemment exercées par ses Etats membres.

La théorie de la **succession fonctionnelle** trouve son origine dans l'arrêt *International Fruit Company*. La Cour a jugé que même si elle n'avait pas pris formellement part à l'accord GATT de 1947, la Communauté Economique Européenne de l'époque (1972) était liée par les dispositions de cet accord dans la mesure où, en vertu du traité CEE, elle assumait les compétences précédemment exercées par ses Etats membres dans le domaine concerné.²⁴ Cette théorie de la succession fonctionnelle n'est pas applicable lorsque, du point de vue de l'exercice des compétences couvertes par une convention internationale, la Communauté/Union ne se substitue pas intégralement aux Etats membres. Ainsi en a jugé la Cour dans l'arrêt *Intertanko*²⁵ à propos de la Convention de Londres de 1973 sur la prévention de la pollution par les navires (« convention Marpol »). La juridiction de renvoi demandait notamment à la Cour d'apprécier la validité des dispositions d'une directive sur le rejet de substances polluantes au regard des annexes à la convention Marpol. La Cour a rappelé que la Communauté n'était pas partie contractante à cette convention, ajoutant qu'il n'apparaissait pas que la Communauté ait assumé les compétences précédemment exercées par les Etats membres, ce qui aurait eu pour conséquence de la lier par les engagements découlant de cet accord. « En l'absence d'un transfert intégral des compétences précédemment exercées par les Etats membres de la Communauté – indique l'arrêt (point 49)— cette dernière ne saurait, en raison du seul fait que tous ces Etats sont parties contractantes à la convention Marpol, être liée par les règles figurant dans celle-ci, qu'elle n'a pas elle-même approuvée ».

Dans l'arrêt *Air Transport Association of America (ATAA)*²⁶ du 21 décembre 2011 où était soulevée la question de la validité d'une directive sur les échanges de quotas d'émission de gaz à effet de serre au regard de la convention de Chicago, la Cour indique que l'Union n'est pas partie à la convention de Chicago. En vertu de la jurisprudence *International Fruit*, « ce n'est que si et dans la mesure où l'Union a assumé les compétences précédemment exercées par les Etats membres de l'Union dans le domaine d'application de cette convention internationale que les

²³ *Air Transporte Association of America*, grde ch. C-366/10.

²⁴ Arrêt *International Fruit Company* précité, note 9 ; sur la théorie de la succession fonctionnelle voir aussi les arrêts du 14 juillet 1994, *Peralta*, C-379/92, I-3453 ; 22 octobre 2009, *Bogiatzi*, C-301/08I-10185 ; 4 mai 201, *TNT Express Nederland*, C-533/08.

²⁵ 3 juin 2008, *Intertanko*, C-308/08, I-4057 pt 47 et s.

²⁶ 21 décembre 2011, *ATAA*, C-366/10 ; voir Simon 2012, Etudes 3.

dispositions de ladite convention auraient pour effet de lier l'Union » (point 62). Après examen la Cour conclut que les compétences précédemment exercées par les Etats membres dans le domaine d'application de la convention de Chicago ne sont pas à ce jour assumées dans leur intégralité par l'Union, que dès lors cette dernière n'est pas liée par la convention (point 71).

Enfin, le fait qu'une convention codifie des **principes coutumiers** n'est pas sans influence sur le caractère obligatoire de la convention pour l'Union.²⁷ Madame Kokott s'est expliquée de façon fort intéressante sur ce point dans ses conclusions dans l'affaire *ATAA*. Elle observe que de nombreux principes de droit international coutumier ont été au fil des années codifiés par des conventions internationales, mais que cependant, faute d'occasions, les juridictions de l'Union n'ont pas encore mis à jour des critères clairs permettant d'apprécier si, et à quelles conditions, un principe tiré du droit international coutumier peut constituer un critère susceptible d'être utilisé pour le contrôle de la validité d'actes de l'Union.²⁸ L'avocat général observe qu'« il ne serait pas logique que le même principe de droit international puisse être invoqué par les particuliers à des conditions différentes selon qu'il est cité comme principe de droit international coutumier ou comme principe de droit international issu de conventions » (point 112). En d'autres termes, le caractère obligatoire d'une convention pour l'Union doit faire l'objet d'un examen en soi, sur la base des critères de la théorie de la succession fonctionnelle ci-dessus exposée. Si la convention se révèle non obligatoire pour l'Union, les principes généraux dont ladite convention réalise la codification pourront néanmoins se révéler obligatoires pour l'Union, à condition de répondre aux autres exigences d'invocabilité auxquelles on va maintenant s'attacher plus précisément pour ce qui concerne les accords.

2.2.2 Esprit et économie générale de l'accord

Pour que les dispositions d'un accord soient invocables pour contester la validité d'une norme de droit dérivé, il faut que la nature et l'économie de l'accord ne s'opposent pas à cette invocabilité. Cette question de savoir si la nature et l'économie d'un accord autorise ou non l'invocabilité a surtout porté sur le GATT puis, après la disparition de celui-ci, sur l'accord instituant l'OMC accompagné de toutes ses annexes. Plus récemment la question s'est également posée à propos d'autres conventions multilatérales – convention des Nations-Unies sur le droit de la mer, Protocole de Tokyo – ou bilatérales – accord dit « ciel ouvert » de l'Union avec les Etats-Unis. Alors que pour les accords de libre-échange, de coopération ou d'association instaurant une certaine asymétrie des obligations ou créant des

²⁷ Voir sur ce point les arrêts du 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation*, C-286/90, I-6019 ; 16 juin 1998, *Racke*, C-162/96, I-3655 ; 3 juin 2008, *Intertanko*, C-308/06, I-4057 ; 25 février 2010, *Brita*, C-386/08, I-1289.

²⁸ *ATAA*, concl. Kokott point 112 et s.

relations spéciales d'intégration avec la Communauté/Union, l'acceptation de la possibilité de l'effet direct comme conforme avec l'esprit et l'économie de l'accord apparaît presque comme une clause de style,²⁹ s'agissant des accords OMC, la présomption est inversée parce que ces derniers sont analysés comme fondés sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels. Ceci mérite explication.

– Accords OMC

La question de l'invocabilité de l'accord GATT en considération de « l'esprit, de l'économie et des termes de l'Accord général » s'est, on l'a dit, posée pour la première fois à la Cour en 1972 dans l'affaire *International Fruit*. La Cour a considéré « que cet accord, fondé, aux termes de son préambule, sur le principe de négociations entreprises « sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels », est caractérisé par la grande **souplesse** de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de **dérogation**, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles, et le règlement des différends entre les parties contractantes » (point 21). Elle conclut que l'Accord général n'est pas de nature à engendrer, pour les justiciables de la Communauté, des droits dont ils pourraient se prévaloir en justice. Un autre type d'arguments qui conduit la Cour à ne pas reconnaître l'invocabilité directe des règles du GATT a trait à la réciprocité. Dans l'arrêt *Kupferberg* de 1982, la Cour estime que la reconnaissance par la Communauté de l'effet direct aux règles issues du GATT, dans la mesure où ses principaux partenaires refusaient cet effet, aurait créé un **déséquilibre au détriment de la Communauté**, déséquilibre d'autant plus préoccupant qu'il s'agit d'un accord multilatéral (points 17 et 18).

En 1994 les accords OMC se sont substitués à l'Accord général, avec un contenu notablement modifié, notamment en matière de règlement des différends où les mécanismes sont institutionnalisés de façon beaucoup plus complète. Il n'est pas sans intérêt de noter que dans sa décision de conclusion du 22 décembre 1994 des accords OMC, le Conseil a fait figurer un considérant aux termes duquel « par sa nature, l'accord instituant l'OMC, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des Etats membres ». ³⁰ Ce considérant ne pouvait certes à lui seul lier l'interprétation de la Cour, comme l'observe l'avocat général Antonio Saggio dans ses conclusions dans l'affaire *Portugal c. Conseil*.³¹

Dans un premier temps, le juge européen s'est montré circonspect, gardant le silence sur la question de l'effet direct des règles OMC.³² Puis, nonobstant une pression assez forte de certains requérants devant les juridictions nationales en vue de faire admettre qu'au moins certaines parties ou annexes de l'accord OMC

²⁹ Voir supra p. 8, note 20.

³⁰ Décision 94/800/CEE, JO L.336/1 du 23 décembre 1994.

³¹ 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-146/96, I-8395.

³² 17 juin 1997, *Affisch*, C-183/95 I-4362 ; 10 mars 1998, *T-Port GmbH*, C-364 et 365/95, I-1023 ; 16 juin 1998, *Hermès, Hermès Intrenational*, C-53/96.

présentaient un caractère d'invocabilité, la Cour s'est prononcée par la négative dans l'affaire *Portugal c. Conseil* du 23 novembre 1999 et a maintenu cette attitude depuis lors.³³ L'argumentation de la Cour se trouve, en dépit des évolutions intervenues, absolument dans la ligne de la jurisprudence concernant le GATT sous les deux aspects qui ont été précédemment soulignés. En ce qui concerne le règlement des différends, la Cour reconnaît les changements, mais elle souligne que la procédure laisse la possibilité aux Etats de négocier une compensation dans l'hypothèse où le retrait de règles nationales jugées contraires à l'OMC ne serait pas possible. « Dans ces conditions, imposer aux organes juridictionnels l'obligation d'écarter l'application des règles de droit interne qui seraient incompatibles avec les accords OMC aurait pour conséquence de priver les organes législatifs et exécutifs des parties contractantes de la possibilité (...) de trouver, fût-ce à titre temporaire, des solutions négociées » (Points 40, 41 et 46). C'est en somme la capacité d'action de l'Union au sein de l'OMC que la Cour entend préserver. En second lieu, la Cour reprend l'argument de réciprocité dégagé dans l'affaire *Kupferberg* ci-dessus évoquée : les accords OMC étant fondés comme le GATT sur les principes de réciprocité et d'avantage mutuel et les partenaires de la Communauté ne reconnaissant pas en général l'effet direct, la seule solution pour la Communauté est de faire de même afin de ne pas créer de déséquilibre entre elle et certains de ses partenaires.

L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Van Parys* le 1^{er} mars 2005³⁴ est particulièrement significatif en ce qu'il maintient fermement la ligne de non invocabilité des accords OMC pour contester la validité d'un règlement communautaire sur l'importation des bananes, alors même que l'organe OMC de règlement des différends avait déclaré cette réglementation incompatible avec les règles OMC. La Cour n'esquive pas le problème en indiquant clairement qu'il « convient de trancher la question de savoir si les accords OMC engendrent pour les justiciables de la Communauté le droit de s'en prévaloir en justice en vue de contester la validité d'une réglementation communautaire dans l'hypothèse où l'ORD a déclaré que tant celle-ci que la réglementation subséquente adoptée par la Communauté, en vue notamment de se conformer aux règles OMC en cause, sont incompatibles avec ces dernières » (point 38). La Cour rappelle la règle de base, régulièrement appliquée depuis l'arrêt *Portugal/Conseil*, selon laquelle il est de jurisprudence constante que, compte tenu de leur nature et leur économie, les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des institutions communautaires. Elle introduit ensuite la seule exception admise – sur laquelle on reviendra – selon laquelle « ce n'est que dans l'hypothèse où la Communauté a entendu donner exécution à une

³³ 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/98, I-8395 ; 14 décembre 2000, *Dior*, C-300 et 392/98, I-11307 ; 2 mai 2001, *OGT Fruchthandelsgesellschaft mbH et Hautzollamt Hamburg-St. Annen*, C-307/99 ; 12 juillet 2001, *T.Port GmbH end Co. KG*, T-2/99 ; 11 janvier 2002, *Biret International, c. Conseil* T-174/00 et 11 janvier 2002, *Biret c. Conseil*, T-210/00, II-17 ; 30 septembre 2003, *Biret*, C-94/02P.

³⁴ 1^{er} mars 2005, *Van Parys*, C-377/02.

obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC ou dans l'occurrence où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC qu'il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte communautaire en cause au regard des règles OMC » (point 40). Or, estime la Cour, en prenant en l'occurrence l'engagement, après la décision de l'ORD, de se conformer aux règles OMC, **la Communauté n'a pas entendu assumer une obligation particulière** dans le cadre de l'OMC, susceptible de justifier une exception à l'impossibilité d'invoquer des règles de l'OMC devant le juge communautaire et de permettre à ce dernier de contrôler la légalité des dispositions communautaires. Tout le reste en découle : les arguments de souplesse, de liberté laissée aux institutions communautaires, de réciprocité si bien connus sont ici réutilisés pour justifier la non invocabilité des accords OMC dans la contestation en justice de la légalité de la réglementation communautaire. L'avocat général Tizzano était d'une opinion différente. Il ne conteste pas le principe général de non invocabilité des accords OMC établi par la jurisprudence, mais il lui paraît difficile de ne pas reconnaître que l'on se trouve ici dans le cas de l'exception : « la finalité poursuivie par la législation communautaire avec les modifications au régime d'importation des bananes – écrit-il, point 102 – était précisément de conformer ledit régime aux règles de l'OMC telles qu'interprétées par l'OMC ». Il est difficile de ne pas le suivre dans cette appréciation, ce qui souligne le caractère paradoxal d'une jurisprudence qui vise à la fois au maintien de la liberté maximum pour les autorités de l'Union dans le cadre de litiges actuels ou à venir et accepte certaines exceptions, dont l'appréciation devient vite arbitraire.³⁵

Dans l'arrêt *FIAMM* du 9 septembre 2008³⁶ où se pose à nouveau, mais sur le terrain de la responsabilité, la question de la compatibilité avec les règles OMC du régime communautaire d'importation de la banane, alors qu'une décision ORD est également intervenue, la Cour confirme on ne peut plus clairement sa jurisprudence *Van Parys*, retenant les arguments de souplesse et de réciprocité, refusant de se situer dans le cas de l'exception de mise en œuvre d'une obligation particulière assumée dans le cadre OMC, et conclut finalement « qu'il n'y a pas lieu d'opérer de distinction (...) selon que le contrôle de la légalité de l'action communautaire doit intervenir au titre du contentieux de l'annulation ou aux fins de statuer sur un recours en indemnité » (point 120).

– Autres accords

De façon plus occasionnelle la question de savoir si la nature et l'économie des accords autorisaient ou non leur invocabilité s'est posée en dehors du cadre de l'OMC. De ce point de vue, l'arrêt *Intertanko* du 3 juin 2008³⁷ apparaît comme un tournant. La Cour a eu à se prononcer, sur renvoi préjudiciel d'une juridiction britannique, dans une affaire de transport maritime relative à la pollution causée

³⁵ Sur les exceptions et leur interprétation, cf *infra* p. 17.

³⁶ 9 septembre 2008, *FIAMM et Fedon*, C-120/06P et C6121/06P.

³⁷ 3 juin 2008, *Intertanko*, C-308/06.

par les navires et aux sanctions qui s'appliquent en cas de rejet accidentel. La question portait sur la validité de dispositions de la directive communautaire relative à la pollution causée par les navires par rapport à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (convention de Montego Bay). La question de l'invocabilité de la convention s'est tout naturellement posée et, notamment, la question de savoir si la nature et l'économie de ladite convention autorisaient une telle invocabilité. L'avocat général, Madame Kokott, dans ses riches conclusions, fort complètes, rappelle que la Cour a fait application de la convention des Nations-Unies sur le droit de la mer, avant même son entrée en vigueur : dans *Poulsen et Diva Navigation*,³⁸ où des justiciables réclamaient le bénéfice de la convention sur le droit de la mer, elle a appliqué en fait des règles de droit international coutumier que la convention sur le droit de la mer avait codifiées. Par la suite la Cour a appliqué quelquefois la convention sur le droit de la mer,³⁹ mais elle ne s'est jamais interrogée sur la nature et l'économie de la convention, exercice auquel l'avocat général se propose de se livrer. Très naturellement Madame Kokott s'inspire des critères développés par la Cour à propos des accords OMC pour les transposer au contexte particulier. Elle ne considère pas le principe de réciprocité comme pertinent ; peu importe, selon elle, que les autres parties contractantes ne donnent pas effet aux dispositions de la convention dans leur droit interne. L'argument de réciprocité ne correspond pas à la logique de la convention sur le droit de la mer qui est une sorte de « constitution de la mer ». La convention sur le droit de la mer vise à promouvoir l'utilisation pacifique des mers et des océans, ceci précisément dans l'intérêt des personnes qui sont impliquées dans le transport maritime. Quant au règlement des différends, il n'est de la compétence exclusive d'aucune institution spécifique de la convention, cette dernière préservant le maximum de flexibilité quant au choix par les parties contractantes d'un mode de règlement des différends (art. 280 de la convention). Toutefois, une telle flexibilité ne s'étend pas aux dispositions matérielles de la convention et, dès lors, ne constitue en aucune sorte un obstacle à ce que les justiciables invoquent à leur bénéfice lesdites dispositions. L'avocat général conclut que la convention sur le droit de la mer est radicalement différente des accords OMC : elle ne requiert pas la réciprocité, elle n'est pas flexible dans ses dispositions matérielles, elle vise à permettre aux particuliers de bénéficier d'un usage pacifique des mers et des océans. Elle apparaît donc comme une source de référence pour évaluer la validité des actes des institutions communautaires.⁴⁰

La Cour dans son arrêt n'adopte pas la même approche. Après une brève description des principaux objectifs de la convention, la Cour affirme que pour les espaces maritimes concernés, la convention cherche à établir un juste équilibre entre les intérêts, éventuellement contradictoires, des Etats côtiers et des Etats de pavillon. Les particuliers, en revanche, ne se voient pas en principe reconnaître de

³⁸ 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation*, C-268/90, I-6019.

³⁹ C-410/03, *Commission c. Italie*, 2005, I-3507 et C-111/05 *Aktiebolaget NN*, 2007, I-2697.

⁴⁰ Conclusions Kokott, point 59.

droits et de libertés autonomes en vertu de la convention. Il en est ainsi notamment parce que les particuliers ne peuvent bénéficier de liberté de navigation que s'ils établissent un rapport étroit entre leur navire et un Etat qui attribue sa nationalité au navire et devient Etat du pavillon. Ce rapport est constitué en vertu du droit interne d'un Etat. La Cour admet que si certaines dispositions de la convention semblent reconnaître des droits aux navires, « il ne s'en suit pas pour autant que ces droits soient ainsi conférés aux particuliers liés à ces navires, tels que les propriétaires de ces deniers, puisque le statut juridique international du navire dépend de l'Etat du pavillon et non de l'appartenance du navire à certaines personnes physiques ou morales » (point 61). C'est également l'Etat du pavillon qui doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité en mer et pour protéger les intérêts des autres Etats. La Cour conclut que cette convention « ne met pas en place des règles destinées à s'appliquer directement et immédiatement aux particuliers et à conférer à ces derniers des droits ou des libertés susceptibles d'être invoqués à l'encontre des Etats, indépendamment de l'attitude de l'Etat du pavillon du navire » (point 64). Il s'ensuit que la nature et l'économie de la convention de Montego Bay s'opposent à ce que la Cour puisse apprécier la validité d'un acte communautaire au regard de cette dernière.

Il y a entre l'approche de la Cour et celle de l'avocat général plus qu'une nuance. L'avocat général, s'appuyant sur une jurisprudence qui paraissait bien balisée à propos des accords OMC, s'interroge sur le point de savoir si la nature et l'économie générale de la convention sur le droit de la mer est de nature à faire obstacle à l'effet direct ; elle ne retrouve dans cette convention aucune des exigences de souplesse et de réciprocité des accords OMC, garantissant aux parties à ces accords une marge suffisante de négociation politique en cas de différend à régler. Elle en conclut que l'économie de la convention sur le droit de la mer n'exclut pas par principe la possibilité d'invocabilité directe par les particuliers. L'arrêt de la Cour prend le problème autrement et s'interroge sur la possibilité pour la convention sur le droit de la mer de conférer aux particuliers des droits et libertés que ceux-ci pourraient invoquer directement. On sait que les individus sont de plus en plus largement sujets du droit international ; la Cour Internationale de Justice reconnaît elle-même qu'un accord international peut conférer directement des droits à des particuliers.⁴¹ Il ne paraît pas anormal que la Cour de Justice de l'Union européenne fasse elle aussi de l'aptitude des normes internationales considérées à conférer des droits aux individus un test de l'applicabilité directe desdites normes. Toutefois l'analyse proposée dans le cas particulier n'apparaît pas véritablement convaincante. La Cour retient de façon très formaliste le rôle de l'Etat du pavillon entre l'individu et les droits conférés par la convention pour conclure que cette dernière ne saurait conférer des droits directement aux particuliers. La Cour semble oublier que dans de très nombreux cas les conventions

⁴¹ CIJ, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis)*, Rapport 2001 p. 466, para 77, cité par Eeckhout dans son commentaire de l'arrêt *Intertanko*, auquel nous avons beaucoup emprunté: Eeckhout 2009, pp. 2041-2057 à la p. 2054.

confèrent des droits aux personnes physiques ou morales en raison de leur nationalité ou de leur lieu d'incorporation et que ce ne sont pas là des raisons suffisantes pour dénier l'invocabilité de tels droits. De fait, la Cour adopte une interprétation extrêmement restrictive des conditions dans lesquelles un accord international peut conférer des droits à des particuliers.

Tout se passe comme si le juge de l'Union n'était pas disposé à voir la légalité des normes de droit communautaire dérivé, notamment des normes de nature législative, remise en cause par référence au droit international. Longtemps la menace était circonscrite au droit OMC à l'encontre duquel avait été dressée une barrière jurisprudentielle solide. Avec l'extension du champ des engagements internationaux de l'Union, les hypothèses de confrontation se multiplient. Dans l'arrêt *ATAA* du 21 décembre 2011 la Cour a renoncé à se prononcer sur l'économie générale du protocole de Tokyo, préférant se contenter d'observer que la disposition directement invoquée n'était pas inconditionnelle ni suffisamment précise (point 77).

2.2.3 Caractère inconditionnel et suffisamment précis des dispositions en cause

Cette dernière condition – classique - de l'invocabilité directe en droit de l'Union ne présente pas de spécificité particulière au domaine des accords internationaux. On l'évoquera brièvement. Comme l'indique la Cour dans l'arrêt *Demirel*, en une formule maintes fois reprise par la suite, une disposition d'un accord conclu par la Communauté avec les pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord « elle comporte une obligation claire et précise, qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur ».⁴² C'est dire qu'une fois passé le test de la nature et de l'économie de la convention n'excluant pas l'invocabilité, intervient celui du caractère inconditionnel et suffisamment précis des dispositions invoquées. Il s'agit évidemment de questions d'interprétation au cas par cas. A titre d'exemple on citera l'arrêt *ITAA* du 21 décembre 2011 dans lequel la Cour, après avoir reconnu que l'accord « ciel ouvert », conclu entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Union européenne ainsi que ses Etats membres, « met en place certaines règles destinées à s'appliquer directement et immédiatement aux transporteurs aériens et à leur conférer des droits ou des libertés, susceptibles d'être invoqués à l'encontre des parties à cet accord, et que la nature et l'économie de cet accord ne s'y opposent pas » (point 84), se demande si les dispositions invoquées par les requérants sont « du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises » afin de permettre de procéder à l'examen à leur regard de la validité de la directive contestée (point 85). La Cour retient notamment le caractère suffisamment précis et inconditionnel

⁴² 30 septembre 1987, *Demirel*, aff.12/86, R.p. 3747.

des dispositions imposant le respect des législations et réglementations nationales à l'entrée et à la sortie des aéronefs du territoire d'une partie contractante, les dispositions sur l'exonération de taxation du carburant introduit ou fourni sur le territoire de l'Union pour être utilisé à bord d'un aéronef appartenant à un transporteur américain et destiné à être utilisé en vol au-dessus du territoire de l'Union, ainsi que les dispositions imposant le respect de normes en matière de protection de l'environnement. Ayant retenu l'invocabilité de ces diverses dispositions conventionnelles, la Cour conclut néanmoins à l'absence de contradiction avec la directive dont la validité ne se trouve dès lors pas affectée.

3 Des solutions de substitution à l'absence d'effet direct?

La jurisprudence laisse finalement très peu de place, pour ne pas dire aucune à des solutions de substitution à l'absence d'effet direct des accords multilatéraux : les exceptions sont interprétées restrictivement, les voies de l'interprétation conforme ou de la réparation se révélant également étroites.

3.1 Des exceptions interprétées restrictivement

Comme il a été indiqué plus haut, la Cour a eu l'occasion de tempérer quelque peu la rigueur de son interprétation conduisant à refuser l'invocabilité directe des accords OMC en raison de leur nature et de leur économie générale en retenant deux exceptions liées à des situations particulières : (1) le cas où, pour reprendre les termes de l'arrêt *Portugal c. Conseil*, la Communauté « a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC », ou bien (2) l'occurrence où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC⁴³ Dans ces cas là, l'Union a fait savoir qu'elle entend se conformer au droit de l'OMC, se privant volontairement d'une marge de manœuvre dans l'application des règles OMC dont jouissent certaines autres parties contractantes qui refusent tout effet direct aux dites règles. Ces exceptions sont cependant interprétées restrictivement.

Dans l'affaire *Van Parys*, l'avocat général Antonio Tizzano a fortement et éloquemment plaidé pour que le régime communautaire d'importation de bananes, dont la légalité était soumise à la Cour, soit ici considéré comme la mise en œuvre d'une « obligation particulière » (point 74 et suivants). Il a cité l'arrêt *Biret*⁴⁴ dans

⁴³ Les deux exceptions ont été formulées pour la première fois par la Cour, respectivement, dans les arrêts du 7 mai 1991, *Nakajima c. Conseil*, C-69/89, I-2069 point 31 et 22 juin 1989, *Fediol c. Commission*, aff. 70/87, R.p. 1781, points 19 à 22. Manin 1997.

⁴⁴ 30 septembre 2003, *Biret International c. Conseil*, C-93/02 P, I-10497.

lequel la Cour donnait quelque espoir d'une attitude plus souple et d'un examen plus minutieux de la situation possible d'exception lorsque s'interposait une décision ORD. Toutefois l'avocat général ne se montre pas foncièrement optimiste quant à ses chances d'être suivi, ayant observé que la Cour avait refusé l'exception dans l'ordonnance *OGT Fruchthandelsgesellschaft* du 2 mai 2001⁴⁵ « la Cour s'étant borné à affirmer, pour la vérité de manière plutôt apodictique – observe-t-il (point 95) – que l'organisation commune des marchés dans le secteur de la banane, telle qu'elle a été instaurée par le règlement 404/93 et modifiée par la suite, ne vise pas à assurer l'exécution dans l'ordre juridique communautaire d'une obligation particulière assumée dans le cadre du GATT et ne renvoie pas non plus expressément à des dispositions précises de celui-ci ». L'avocat général précise que les particularités de l'espèce auraient mérité une analyse plus spécifique et un examen plus approfondi des intentions du législateur communautaire amené à se conformer aux obligations internationales qui lui incombaient.

Dans l'affaire *FIAMM*, l'avocat général Maduro s'est au contraire placé dans la logique de non invocabilité de principe du droit OMC, considérant que l'intervention d'une décision ORD constatant l'incompatibilité d'un acte de l'Union avec le droit OMC ne peut avoir pour effet de créer une nouvelle exception, qu'il s'agisse d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité ou d'un recours en indemnité.⁴⁶ De fait, dans son arrêt du 9 septembre 2008, la Cour reprend exactement la même affirmation que dans *Van Parys*, également apodictique, concernant le règlement sur l'organisation commune de marché dans le secteur de la banane, indiquant que ce règlement ne vise pas à assurer l'exécution d'une obligation particulière assumée dans le cadre du GATT et ne renvoie pas non plus expressément à des dispositions précises de celui-ci (point 113).

3.2 *Un recours parcimonieux à l'interprétation conforme*

Le principe d'interprétation conforme n'est soumis à aucune des conditions restrictives de l'invocabilité directe : il peut donc être utilisé relativement facilement pour donner effet à une convention internationale, à condition toutefois qu'il n'y ait pas de contradiction claire et certaine entre les termes de la convention et la norme de droit dérivé de l'Union. L'interprétation du droit dérivé en conformité avec les accords internationaux liant la Communauté s'impose au juge communautaire lui-même,⁴⁷ mais également aux juridictions nationales lorsqu'elles appliquent les dispositions d'un accord mixte⁴⁸ qui relèvent de la compétence

⁴⁵ C-307/99, I-3159.

⁴⁶ Arrêt *FIAMM*, concl. Maduro point 42 et s.

⁴⁷ 9 janvier 2003, *Petrotub*, C-76/00, I-79.

⁴⁸ 16 juin 1998, *Hermès International*, C-53/96, I-3603.

étatique. On ne peut cependant pas voir dans l'interprétation conforme un substitut possible à l'absence d'effet direct reconnu à nombre d'accords multilatéraux créant des obligations à l'Union. L'interprétation conforme ne s'impose en effet que dans la mesure du possible. Ainsi, les actes communautaires⁴⁹ comme les mesures nationales⁵⁰ doivent faire l'objet d'une interprétation conforme au droit de l'OMC. Mais pareille obligation ne saurait altérer les possibilités de négociation des institutions de l'Union en cas de différend avec les partenaires de l'OMC : il y va de la liberté politique des institutions de l'Union dans l'enceinte de l'OMC.

A cet égard il n'est pas sans intérêt de noter que dans l'affaire *Intertanko* l'avocat général, Madame Kokott, avait exprimé l'opinion qu'il était inutile de se prononcer sur la directive relative à la pollution causée par les navires car la directive pouvait être interprétée en conformité avec les dispositions pertinentes des conventions internationales applicables. La Cour ne l'a pas suivie. Elle se contente d'observer qu'il conviendrait d'interpréter la directive « en tenant compte de la convention Marpol » (point 52 de l'arrêt) ; mais ensuite elle ne procède pas à cette interprétation. Il faut dire que les parties au procès devant la High Court ne l'avaient pas engagée dans cette voie.

3.3 Eventuelle mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle de l'Union?

On peut enfin se poser la question de la possibilité de voir engager la responsabilité non-contractuelle de la Communauté/Union du fait de la violation de règles internationales insusceptibles d'être invoquées devant le juge de la légalité. C'est la situation de l'arrêt *FIAMM* où la Cour, confirmant sur ce point le jugement du Tribunal, rappelle la jurisprudence constante selon laquelle les accords OMC ne figurent pas en principe, compte tenu de leur nature et de leur économie, au nombre des normes au regard desquelles le juge communautaire contrôle la légalité de l'action des institutions communautaires ; elle en déduit que la violation éventuelle des règles OMC n'est pas, en principe, susceptible d'engager la responsabilité non-contractuelle de la Communauté même dans le cas où la violation a été constatée dans une décision ORD. Il n'y a pas de spécificité à l'invocabilité au motif que l'on se trouverait dans le contentieux de la responsabilité alors que, comme le note l'avocat général Maduro « la mise en évidence de l'illégalité ne viserait, en l'espèce, qu'à satisfaire à l'une des trois conditions auxquelles la responsabilité extracontractuelle de la Communauté pour faute est subordonnée ».⁵¹

⁴⁹ 7 juin 2007, *Rizeni Letového Provozu*, C-335/05, I-4307 point 16 ; 11 septembre 2007, *Merck Genéricos Produtos Farmaceuticos*, C-431/05, point 35.

⁵⁰ 16 juin 1998, *Hermès*, C-53/96, point 28 ; 14 décembre 2000, *Dior e.a.*, C-300/98 et C-392/98, I-11307 point 47.

⁵¹ Conclusions M. Maduro, point 48.

Quant à la perspective d'une responsabilité sans faute – qui, dans la même affaire, avait été envisagée par les premiers juges – elle est également écartée, mais pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la question de l'invocabilité des accords OMC. Tout ceci mériterait en soi d'amples développements. Mais ce qu'il importe de préciser ici c'est que des solutions de substitution à l'absence d'invocabilité directe des accords multilatéraux ne sont pas en vue à travers le contentieux de la responsabilité.

*

En conclusion, on voudrait souligner la différence d'approche de la question de l'effet direct selon que l'on se situe du point de vue de la mise en œuvre du droit communautaire/droit de l'Union par les Etats membres et dans les Etats membres, ou bien du point de vue de l'application par l'Union de normes internationales conventionnelles, au point que l'utilisation du vocable « effet direct » est source de confusion. Mieux vaudrait – comme cela a été suggéré⁵² – parler de l'invocabilité directe des accords extérieurs de l'Union et réserver l'effet direct au champ de la mise en œuvre du droit de l'Union dans les Etats membres. De la jurisprudence que nous avons évoquée émerge le constat d'une forte tendance de l'Union à affirmer son identité sur la scène internationale, au même titre que les sujets pléniers de droit international que sont les Etats. L'arrêt *Kadi*⁵³ avait montré de façon particulièrement nette que la Communauté/Union affirmait son identité par rapport au droit des Nations-Unies ; elle le fait également par rapport au droit conventionnel, aisément reconnu d'effet direct lorsqu'il contribue à renforcer la cohésion de l'Union, sujet à inventaire au cas par cas lorsque la reconnaissance unilatérale de l'effet direct risquerait d'affaiblir la situation diplomatique de cet acteur international incontournable qu'est devenue l'Union.

Références

- Dupuy P-M (2002) Droit international public, 4^{ème} édition. Dalloz, Paris, p 371
 Eeckhout P (2009) Case C-308/06. CMLRev 46:2041–2057 à la p 2054
 Jacobs F (2009) Direct effect and interpretation of international agreements in the recent case law of the European Court of Justice. In: Dashwood A, Maresceau M (eds) Law and practice of EU external relations. Salient features of a changing landscape. Cambridge University Press, Cambridge, pp 13–55
 Manin P (1997) A propos de l'accord instituant l'OMC et de l'accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne, RTDE(33), juill.-sept. 1997
 Manin P (2000) L'influence du droit international sur la jurisprudence communautaire. In: Droit international et droit communautaire Perspectives actuelles, SFDI Colloque Bordeaux, Paris, Pedone, 2000, p 165

⁵² Conclusions Maduro dans l'affaire *FIAMM*, point 31.

⁵³ 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*, C-402/05 et 415/05 P, I-6351.

- Simon D (2012) Droit international conventionnel et coutumier : l'invocabilité au cœur de la lecture juridictionnelle des rapports de systèmes (à propos de l'arrêt *Air Transport*), *Revue Europe*, mars 2012, Etudes 3
- Virally M (1964) Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes. *Mélanges H. Rolin*, Paris, p 488 et s

The Court of Justice and Mixed Agreements

Christiaan W. A. Timmermans

Abstract Success of mixed agreements also due to the case-law of the Court of Justice basically allowing Member States when competence is shared between Union and Member States, a free option to exercise Union competence, national competence or both. The Court has however greatly contributed to discipline the concomitant exercise of Union and Member States' competence by developing a number of fairly precise rules on the basis of the principle of sincere cooperation. It has at the same time claimed a far reaching jurisdiction to interpret mixed agreements and in so doing indirectly limited Member States' freedom to act. Consequences of the Lisbon Treaty for mixity?

1 Preliminary Remarks

1.1 The Constitutional Approach of the Early Case-law

It does not seem exaggerated to say that the Court of Justice in its earliest case-law concerning EU external relations has greatly contributed to enabling the European Communities, the EEC particularly, deploy external policies in an ever-increasing number of fields by uncovering, in an imaginative and interpretative process, the necessary external competences in the Treaty texts. Indeed, the EEC treaty in its

Former Judge of the European Court of Justice

C. W. A. Timmermans (✉)
Court of Justice of the European Union
e-mail: chrtim@me.com

original version was fairly reserved in conferring such competences explicitly. They were restricted to the common commercial policy (Article 113), association agreements (Article 238) and a few more Articles on establishing and managing relations with other international organisations (Articles 229–231). It was therefore inevitable that the Court, to the extent that the EEC came to develop its internal policies, would be confronted with questions regarding the consequences of such policies in the field of external relations, the scope of Community competences in that regard and their relationship with national competences. The external dimension of the common market and of the common agricultural policy, in so far as they are not covered by the common commercial policy, and the same goes for the dimension of transport policy, are obvious examples.

The Court started to be confronted with such issues from the early seventies. It did not eschew the challenge. When re-reading this case-law one is struck by the principled, systematic and—one may perhaps say—constitutional approach to the questions of the existence and scope of EEC external competences and their relationship with Member States competences. Solid foundations for later evolution were laid in *AETR* (22/70), *Kramer* (3, 4 and 6/76), Opinions 1/75, 1/76, 1/78 and the *Euratom* Ruling 1/78.¹ Even though this case-law, *AETR* particularly, did not at first receive unanimous reception, the legal and intellectual quality of this construct has appeared to be sufficiently solid and persuasive, but also sufficiently pragmatic and flexible in accommodating Member States' interest by preserving their presence as actors on the international scene, to allow its full acceptance over time. Indeed, the basic principles developed in this early case-law have much later been confirmed and codified by subsequent Treaty amendments.² It might be and has been said that the new Treaty rules on Union competences and the competence divide, particularly with regard to external competences (Articles 2–4 TFEU), reflect and codify principles consistently developed by the Court over the last sixty years. That in itself might be considered a remarkable salute to the quality and wisdom of this case-law.

¹ Case 22/70 *AETR* (1971) ECR 263, Joined Cases 3, 4 and 6/76 *Kramer* (1976) ECR 1279, Opinion 1/75 *Understanding on a Local Cost Standard* (1975) ECR 1355, Opinion 1/76 *Inland Waterways* (1976) ECR 741, Opinion 1/78 *International Agreement on Natural Rubber* (1979) ECR 2871, Ruling 1/78 *Convention on the Physical Protection of Nuclear Materials* (1978) ECR 2151.

² See Declaration on Article 130r of the EEC Treaty annexed to the Single European Act (1986) confirming the relevance of the *AETR* judgment; see also Declaration No 10 annexed to the Maastricht Treaty.

1.2 The Contribution of the Special Procedure of Article 218(11) TFEU

There is still another element to be mentioned, which has contributed to the development of this case-law. It is the availability of the special procedure of what is now Article 218(11) TFEU allowing the Court to give an opinion about the compatibility with the Treaties of an agreement envisaged to be entered into. It is not only the mere existence of this procedure but perhaps yet even more the generous way in which the Court has interpreted and applied its access conditions that explain its considerable success. Indeed, the Court has allowed the use of this procedure in order to obtain an answer to questions of EU competence and the division of competence between EU and Member States if necessary already at an early stage of the negotiation process³ and that in a normally less contentious and more serene atmosphere than would have been possible within the framework of a litigation about an already concluded agreement.

2 The Phenomenon of Mixed Agreements and Reasons for their Success⁴

2.1 Member States Preference for Mixity

The early case-law has also contributed to the emergence and proliferation of the phenomenon of mixed agreements.

These agreements are international agreements concluded by the Union to which at the same time one or more or all Member States are a party. The participation of Member States in the agreement may be justified for different reasons. A first and most obvious one would be that their participation is required for issues falling outside Union competence.⁵ More often however, Member States participate in a mixed agreement because, their competence being shared with that of the Union and Union competence not being of an exclusive nature, they prefer to continue

³ See Opinion 1/09 *Unified Patent Litigation System* of 8 March 2011 n.y.r. para 53, Opinion 1/08 GATS Schedules (2009) ECR I-11129 paras 107–110.

⁴ See for an excellent recent analysis Eeckhout 2011, Chaps. 7 and 8; furthermore Heliskoski 2001; Hillion and Koutrakos 2010; Rosas 2000.

⁵ For instance the commitment to amend the Luxemburg and Mannheim Convention in the Draft Agreement on the Laying -up Fund justifying the participation of the Member States concerned as Contracting Party to the Agreement, see Opinion 1/76 (fn. 1).

⁶ The question of whether Article 2(2) TFEU at all applies to external EU competences cannot be explored here. I think it does. Existing case-law in any event confirms that the exercise of external EU competence may have a pre-emptive effect, see Opinion 2/92 *OECD national treatment* (1995) ECR I-521 para 32.

exercising their competence instead of allowing the Union to use its competence. The Court refers in this context to shared or joint competences. In fact, both these expressions cover two entirely different situations. The first, and probably the most frequent one, is that in which external competences are shared in the sense of Article 2(2) TFEU which implies that the exercise of Union competence drives out, pre-empting the exercise of national competence.⁶ The other situation is that in which Union and Member States competence may be jointly exercised because the one does not exclude the other, they are really parallel, an expression however which the Court, as far as I know, has never used (e.g. development cooperation, humanitarian aid). Examples of this category can now also be found in Article 4,(3) and (4) TFEU.⁷ A very special case of shared or joint competence is that in which Union competence is incomplete, the Union not being able to exercise its competence alone but only together with the Member States. This most intimate form of shared competence was introduced by the Treaty of Nice in Article 133(6) EC,⁸ but has now fortunately been abandoned by the Treaty of Lisbon.

These various explanations for Member States' participation in a Union agreement may co-exist. UNCLOS, the UN Convention on the Law of the Sea is a good example.⁹ For a number of issues the Union has no competence, for others it has exclusive competence, for most however competence is shared with the Member States and that, frequently, in the sense of shared with pre-emptive effect. To what extent this shared competence may be considered to have been exercised by the Union or the Member States is not very clear, even when reading the Declaration of competence the Union was required to submit when concluding the Convention.

Mixed agreements have become common practice in the field of EU external relations. This is also illustrated by the case-law. Did the Court at first refer to "mixed-type agreement"¹⁰ or to "mixed" agreement,¹¹ the notion of mixed agreement is since many years currently used in the case-law.

Member States appear to favour the use of mixed agreements in order to preserve their competences in case these are shared with the Union and thus remain present on the international scene, particularly with regard to important multilateral conventions.¹² In practice there appears to be a tendency to limit the participation of the EU to what is strictly necessary, that is, the exercise of its exclusive competence or at least to leave it open to which extent the non-exclusive EU

⁷ For an example from the case-law, see Case C-316/91 EDF (1994) ECR I-625 para 26.

⁸ See Opinion 1/08 (fn. 3) paras 134–136.

⁹ Cp. Case C-459/03 *Commission v. Ireland* (MOX) (2006) ECR I-4635.

¹⁰ The Court used this qualification when referring to arguments from the Council in Opinion 1/78 (fn. 1) paras 2 and 29.

¹¹ Case 12/86 *Demirel* (1987) ECR 3719 para 8. The quotation marks do not figure however in the French version.

¹² See Ehlermann 1983, p. 6; see also Rosas 2000, pp. 201, 202.

¹³ See Case C-459/03 MOX (fn. 9); for another striking example see the Convention of Stockholm at issue in Case C-246/07 *Commission v. Sweden* (2010) ECR I-3317.

competences have actually been exercised. That lack of clarity is apparently considered as an additional advantage because it dispenses Member States from agreeing on the degree of exercise of shared competences. Moreover the dividing line between exclusive/non-exclusive EU external competences may change during the lifetime of the agreement because of the *AETR*-effect. And even though third-country parties insist on a Declaration of EU competences, such Declarations are in practice rather vaguely drafted and leave ample room for interpretation.¹³

2.2 *The Court's Leniency for Mixture*

If for such reasons mixed agreements are attractive for Member States, it might also be said that the Court has considerably contributed to enabling their success. The Court has done so in the first place by sometimes recognising EU external competences as being exclusive of national competences either as such (common commercial policy,¹⁴ conservation measures regarding fishery stocks¹⁵) or as becoming exclusive under specific conditions (*AETR*).¹⁶ In these cases Member States are of course impeded from excluding the Union from participating in the agreement. But the Court has certainly also facilitated the use of mixed agreements by largely allowing, with regard to non-exclusive external Union competences, a free choice for Member States, a free option between exercising either Union or national competence. As Schütze has phrased it, “[...] the Court of Justice has given its judicial blessing to the uncontrolled use of mixed agreements in areas of shared competences”.¹⁷ Where shared competences can be considered as parallel, this does not seem at all objectionable. Where they are not so, however, accepting such a free option appears much less evident.

Indeed, the earliest case-law seemed to announce a different approach. In Opinion 1/76¹⁸ the Court accepted, even in the absence of Community legislation, an implicit external competence to be derived from the Treaty Articles on transport in so far as external action of the Community was necessary for the attainment of one of its objectives. Without in any way expressing itself on the question of the exclusive nature of that competence, the Court nevertheless carefully examined whether the separate participation next to the Community, of six of the Member States as Contracting Parties to that Agreement was justified and compatible with

¹⁴ Opinion 1/75 (fn. 1).

¹⁵ Joined Cases 3, 4 and 6/76 *Kramer* (fn. 1).

¹⁶ Case 22/70 (fn. 1). See furthermore Case C-472/98 *Commission v. Luxemburg* (Open Skies) (2002) ECR I-9741, Opinion 1/03 Lugano Convention (2006) ECR I-1145. This case-law is now reflected in Article 3(2) TFEU.

¹⁷ Schütze 2010, p. 82.

¹⁸ See fn. 1.

¹⁹ *Ibidem*.

the Treaty. The Court concluded that it was, in so far as this regarded their commitment to proceed to an amendment of already existing conventions. Implicitly, this apparent need for a specific justification of Member States' participation seems to convey the message that in the circumstances of this case, once it was going to participate in the Convention, the Community alone had to exercise its competence and not together with Member States.

In the *Euratom* Ruling 1/78¹⁹ on the draft Convention relating to the Physical Protection of Nuclear Materials, the Court answered the question of whether the Community could or had to be a party to that Convention, by saying that the Convention concerned in part the jurisdiction of the Member States and in part that of the Community. Equally in this case the Court did not enter into a debate of whether or not the jurisdiction of the Community for its part had to be considered an exclusive one. However, it carefully argued and justified the need for its participation by stressing: "*The system of physical protection organized by the draft convention could only function in an effective manner, within the ambit of Community law, on condition that the Community itself is obliged to comply with it in its activities. To the extent to which jurisdiction and powers have been conferred on the Community under the EAEC Treaty the Member States, whether acting individually or collectively, are no longer able to impose on the Community obligations which impose conditions on the exercise of prerogatives which thenceforth belong to the Community and which therefore no longer fall within the field of national sovereignty.*" and concluding: "*Thus the exclusion of the Community from participation in the convention would detrimentally affect the powers conferred upon it by the Treaty (...)*".²⁰ This comes quite close to a situation of exclusive competence²¹ but it is interesting to note that the Court does not say so; it is explaining the advantages, the added value of exercising Community competence. This approach seems far removed from that of allowing a free option between exercising Community competence or not.

However, this line of case-law has not been further developed. As from Opinion 2/91, full emphasis falls on the quest for exclusivity.²² Once an external competence is established as being of a non-exclusive nature, no further justification for Member States' participation in a mixed agreement is needed. Nor does the Court enter into a debate about the arguments in favour of exercising Union competence. Member States are allowed a free choice indeed. The best example is of course the *WTO* Opinion 1/94 in which the Court did not even answer the question about the existence of a Community competence as such to conclude the whole of the

²⁰ Paragraphs 32 and 33 of the Ruling.

²¹ See also para 18 of the Ruling.

²² Opinion 2/91 *ILO* (1993) ECR I-1061.

²³ Opinion 1/94 *WTO* (1994) ECR I-5267.

²⁴ See Editorial Comments 1995, p. 385.

²⁵ Opinions 1/94 (fn. 22) para 107, 2/00 *Cartagena Protocol on Biosafety* (2001) ECR I-9713 para 41, 1/08 *GATS Schedules* (fn. 3) para 127.

Agreement.²³ (But this may also be explained by the strategy of the Commission to focus its pleadings almost entirely on the question of exclusivity.)²⁴

The uncritical attitude of the Court towards mixed agreements might also be seen as confirmed by its refusal, when considering the division of competences, to pay any regard to the difficulties the management of a mixed agreement might entail in practice. That the answer to questions of principle concerning the competence divide should not be determined by practical considerations alone as the Court has considered in rejecting Commission arguments to the contrary, seems to me entirely correct.²⁵ The question remains, however, whether such practical arguments could nevertheless in certain cases not be upheld in a situation of shared (and not parallel) competences to justify the Union exercising its non-exclusive competence alone without the participation of the Member States.

This issue deserves a more principled discussion. Should the exercise or non-exercise of Union competence at all be left to the unbridled discretion of the Member States in the sense that Member States have a free choice between the intergovernmental or the Union way? Some 32 years ago I took the position that it should not.²⁶ Competences have been conferred on the Union to attain specific objectives according to a specific decision-making procedure and using legal instruments with specific characteristics and legal status. Indeed, “[...] the Community alone is in a position to assume and carry out contractual obligations towards third countries affecting the whole sphere of application of the Community legal system.”, as the Court already said in *AETR* (but I admit, in a different context).²⁷ Even if Union competences are not of an exclusive nature they are there to be used. If Member States agree on the need for establishing an international regime by entering into international commitments together with third countries, should they not at least be considered bound to justify why not using available Union competences?

It is interesting to note that in the field of internal competences there still exists a strand of case-law decided a long time ago according to which Member States when intending to solve problems for which the Union has been conferred competence, cannot prefer national solutions over using Union competence.²⁸ The only example from the case-law in the external relations field which somewhat resembles this approach are the clauses on negotiation with third countries of

²⁶ Timmermans 1981, pp. 23–24; 2000, pp. 239–240. See also Eeckhout 2011, p. 217 and more forceful yet p. 265: “Where an agreement falls wholly within the EU’s non-exclusive external competences, and the EU concludes the agreement, there is no legal justification for mixity. The requirement of unity in the international representation of the EU demands pure EU agreements in such cases.”

²⁷ Case 22/70 *AETR* (fn. 1) para 18.

²⁸ Cp. Case 40/69 *Bollmann* (1970) ECR 69 paras 4 and 5 with Case 113/00 *Spain v. Commission* (2002) ECR I-7601 paras 73 and 74, and Case C-283/03 *Kuipers* (2005) ECR I-4255 paras 41, 42 and 49.

²⁹ See Opinion 1/94 *WTO* (fn. 22) para 95, Case 472/98 *Commission v. Luxemburg* (Open Skies) (fn. 16) para 89.

secondary legislation which by their mere existence prevent Member States from exercising shared competence.²⁹

Until now however the Court has been remarkably tolerant towards the phenomenon of mixed agreements. That also has contributed to its success. How this will develop after Lisbon remains to be seen (infra 4).

3 Legal and Practical Management of Mixed Agreements

Mixed agreements, their negotiation, conclusion and implementation cause serious legal and practical problems.³⁰ Where to draw the line between Union and Member States competence? If the participation of the Union is being made conditional on the submission of a list of competences, how detailed should it be? Who negotiates and for which parts? Who participates in decision-making procedures, including dispute settlement if so established by the agreement? Who is liable in case of breach of obligations resulting from the agreement? Which Courts, Member States and/or the Union Courts have jurisdiction to interpret the agreement?

Only exceptionally have these issues or some of them been expressly dealt with in the agreements themselves³¹ or in a code of conduct agreed between the Member States and the EU institutions.³² It has been the Court of Justice which over the years has been confronted with most of these questions and made to develop, more particularly on the basis of the general principle of sincere co-operation between the Union and the Member States, now laid down in Article 4(3) TEU, a number of more precise and rather stringent rules which have much contributed to a proper functioning of mixed agreements. Particularly interesting in this regard is the case-law on the jurisdiction of the Court to interpret mixed agreements and on the consequences of the principle of sincere co-operation for institutional issues such as those regarding negotiation and representation.

3.1 Jurisdiction of the Court

Accepting the jurisdiction of the Court will have of course important consequences. It entails the availability, without prejudice to the applicable conditions of admissibility, of all Treaty procedures granting the Court jurisdiction to interpret the relevant rules of a mixed agreement uniformly for the whole of the Union,

³⁰ See Ehlermann 1983, p. 3ff; Rosas 2000, p. 211ff; Eeckhout 2011, p. 255ff.

³¹ E.g. UN Convention on the Law of the Sea Annex IX Participation by international organisations, see Case C-459/03 *MOX* (fn. 9).

³² See Case C-25/94 *Commission v. Council* (FAO) (1996) ECR I-1469.

more particularly within the framework of the preliminary reference procedure, and allowing legal protection for those who may invoke these rules.

Prima facie one would consider the Court to have jurisdiction to interpret a mixed agreement at least in so far as that part of the agreement is concerned for which the Union is a party or, in other words, has exercised its competence. However, the adherence of the Union to the agreement is normally not limited to specific parts of it, the Union becomes a party to the whole of the agreement albeit only within the scope of its competences. Even where the Union has been required to submit a Declaration of Competences it will often not be easy to establish to what extent exactly the Union has exercised its external competences and consequently, the scope of jurisdiction of the Court.

Against this background it is fully understandable that the Court, as a point of departure, has treated mixed agreements in the same way as pure Union agreements: by their conclusion these agreements become an integral part of the Union legal system, of its legal order. From the first case raising the issue (*Haegeman*)³³ the Court has followed and subsequently confirmed this fairly monist approach as to the status of international agreements to which the Union is a party or by which it is bound, within the Union legal system.³⁴ In *Haegeman* the Court considered the agreement in question to form an integral part of Community law, however in subsequent case-law this formula was adapted by referring not to Community law but to the Community's legal system (or legal order). This is indeed the better expression because these agreements do not fit into the normal hierarchy of Union norms as they are of a superior status than secondary Union law (Article 216(2) TFEU).

This full integration of a mixed agreement into the Union legal system does not entail, however, unrestricted jurisdiction of the Court with regard to the entire agreement. Only in one respect, one could say, does the Court claim full jurisdiction and that is to establish the obligations the Union has assumed by concluding the agreement, or to put it differently, to establish the part of the agreement falling respectively within Union or Member States' competence. That examination necessarily requires an interpretation of the entire agreement and presupposes the competence of the Court to do so.³⁵

Obviously, drawing the dividing line between the Member States part and the Union part of a mixed agreement is not an easy matter. It is generally regarded as one of the advantages of mixed agreements that they allow precisely to leave the question of the division of competences fairly open. And if a Declaration had to be provided, its clauses are normally drafted as vaguely as possible. It can therefore hardly astonish that the Court in this respect is normally left with quite a margin of interpretation. The Court has fully used this margin in a case-law, which is remarkable in various respects.

³³ Case 181/73 (1974) ECR 449 para 5.

³⁴ Case 12/86 *Demirel* (1987) ECR 3719 para 7, Case C-431/05 *Merck* (2007) ECR I-7001 para 31.

³⁵ See Case C-431/05 *Merck* (fn. 34) para 33, Case C-240/09 *Lesoochranarske zoskupenie* judgment of 8 March 2011 n.y.r. para 31.

The Court has of course, as we have already seen, accepted jurisdiction to establish with regard to a mixed agreement, which parts fall within Member States and which ones fall within Union competence.

The Court has sometimes also accepted jurisdiction for parts of a mixed agreement even if it was not obvious that the Union, when concluding the agreement, had exercised its competence. The Court has in each case justified such interpretation by invoking a special Union interest. This mostly concerns cases in which a non-exclusive Union competence could be argued to exist but where it was unclear whether that competence had been actually used or not. This criterion of a Union interest is of course an open, fairly undetermined one. Until now, it has been applied in two specific situations but that does not at all exclude that future case-law might add others.

Firstly, there are a few cases in which the Court has considered parts of a mixed agreement to fall within the scope or the framework of Union law and thus come within the jurisdiction of the Court because they concerned an area which in large measure was governed by Union legislation³⁶ or which otherwise fell within the scope of application of the Treaty.³⁷ Union interest then requires that both the Union and its Member States comply with such part of the agreement even if the subject matter at issue in the case before the Court has not itself been regulated by Union legislation.³⁸ So, the fact that more generally the field in question has been largely occupied by the Union is sufficient for the Court to accept jurisdiction; it does not require that this legislation fully covers the part of the area under consideration.³⁹ This approach somewhat resembles one of the sub-categories of the *AETR* test.⁴⁰ It is, however, different both as to its objectives and effects. The objective is not to answer a question concerning the possible exclusive nature of Union competence but to establish a sufficiently strong Union interest justifying the jurisdiction of the Court.

The second situation for which the Court has accepted jurisdiction because of a special Union interest justifying doing so, is that of the *Hermès*, *Dior*, etc. jurisprudence.⁴¹ This regards the very specific case where a procedural provision of the

³⁶ See Case C-13/00 *Commission v; Ireland* (Berne Convention) (2001) ECR I-2943 paras 16 and 17, Case C-239/03 *Commission v. France* (Etang de Berre) (2004) ECR I-9325 paras 27–30, Case C-459/03 *MOX* (fn. 9) in which the criterion was applied in connexion with the UNCLOS Declaration of Competences. For a negative outcome see Case C-431/05 *Merck* (fn. 34).

³⁷ Case C-13/00 *Commission v. Ireland* (Berne Convention) (fn. 36) para 18.

³⁸ See Case C-239/03 *Commission v. France* (Etang de Berre) (fn. 36) para 30.

³⁹ See for a rather striking application of this approach Case C-240/09 *Lesoochranarske zoskupenie* (fn. 35) paras 34–40. The fact that the issue of substantive law was regulated by Union Law was deemed sufficient by the Court to accept jurisdiction for a question of procedural law not so regulated (access to an administrative procedure for an environmental association). See on this judgment Jans 2012.

⁴⁰ Case C-472/98 *Commission v. Luxemburg* (Open Skies) (fn. 16) para 88.

⁴¹ Case C-53/96 *Hermès* (1998) ECR I-3603, Case C-392/98 *Parfums Christian Dior* (2000) ECR I-11307. See also Case C-89/90 *Schieving Nijstadt* (2001) ECR I-5851, Case C-245/02 *Anheuser-Busch* (2004) ECR I-10989.

TRIPS Agreement on interim relief measures, Article 50, because of its applicability to the Union trademark, was considered by the Court to have to be uniformly interpreted by it also for situations regarding national trademarks or other intellectual property rights (*Dior*) not regulated by Union law in order to avoid divergences of interpretation and application of that provision in Member States' practice. However, the Court distinguished the question of direct effect of this provision from that regarding its jurisdiction to interpret it. For those intellectual property rights not regulated by Union law, like industrial design (*Dior*) or patents (*Merck*), the issue of direct effect was considered by the Court to fall outside the scope of Union law and to have to be determined by national law. By the way, according to Eeckhout,⁴² and I think he is right, this case-law has been overhauled by the Lisbon treaty, the TRIPS agreement falling now entirely within the scope of the exclusive Union competence for the common commercial policy.

This case-law upholding the jurisdiction of the Court could be said to reveal an interesting, more general phenomenon. For many mixed agreements there exists a grey area of shared competences, grey in the sense that it remains unclear whether these competences have been exercised by the Member States or by the Union. This grey area becomes, as a consequence of this case-law, to some extent indirectly reclaimed by, or, to say it with a Dutch image, "impoldered" in Union territory. It follows at the same time, at least implicitly, that the choice for Member States whether or not to exercise a non-exclusive shared competence themselves or to act through the Union appears finally to be less free than seemed at first sight to result from the case-law (see above). One might say that the Court is taking back here with one hand what it had given with the other. This phenomenon is the more interesting because it is not limited to the situation as it exists at the moment of the conclusion of the agreement. The degree of the "impoldering" might also change during the lifetime of the agreement according to the evolution of internal EU legislation. So, it might increase when an area of shared competence becomes occupied or more extensively occupied by Union legislation. But of course the opposite could also happen.

3.2 Some Discipline Imposed by the Duty of Cooperation

If the Court has been fairly generous in accepting the phenomenon of mixed agreements as such, it has at the same time made an important contribution to facilitating their actual use and functioning in practice by admonishing Member States and EU institutions to take the general principle of sincere co-operation seriously. Indeed, the Court has translated the consequences of this principle with regard to a situation of concomitant exercise of Member States and Union competence within the framework of a mixed agreement into more precise and legally

⁴² Eeckhout 2011, pp. 279, 286.

enforceable rules. In so doing, the Court has instilled some discipline or at least developed a legal framework for such discipline, which should allow Union and Member States to solve many of the institutional problems created by mixed agreements in a co-ordinated way.⁴³

The Court has emphasised the importance of the duty of co-operation between Member States and the EU institutions as from its earliest case-law on external relations. Indeed, already in the *AETR* judgment it developed on the basis of this duty the legal requirement of Member States' action in the interest and on behalf of the Union in a situation where the Union has exclusive external competence but cannot possibly exercise that competence because it is not a member of the international organisation where the relevant international action is being negotiated.⁴⁴

The Court has summarised the consequences of the duty of co-operation in this context in one overarching formula, which has been strengthened over the years:

*Where it is apparent that the subject-matter of an agreement or convention falls partly within the competence of the Community and partly within that of its Member States, it is essential to ensure close cooperation between the Member States and the Community institutions, both in the process of negotiation and conclusion and in the fulfillment of the commitments entered into. That obligation to cooperate flows from the requirement of unity in the international representation of the Community.*⁴⁵

The first time the Court referred to this requirement of unity in the international representation of the Union as the source of the duty of co-operation was in the *ILO* Opinion 2/91.⁴⁶ It might astonish that there is no reference at all in this case-law to the general principle of sincere co-operation itself but the judgment in *Commission v. Sweden* (C-246/07) has now clarified that this Treaty principle is indeed the final source.⁴⁷ The requirement of unity in the international representation of the Union is obviously meant to express the need in a situation of shared competence to avoid that Union action is affected or undermined by independent, unilateral action of Member States. Union and Member States, when acting together, should present a common or at least co-ordinated position. It might therefore be preferable to enlarge the formula and refer to unity in the international representation of the Union and the Member States, as the Court has actually done in *Commission v Sweden* (C-246/07).⁴⁸

The Court has particularly stressed the importance of due respect of the duty of co-operation in cases where Union and Member States are jointly members of an international organisation (FAO, WTO). It has derived from this duty of

⁴³ See generally on this subject Hillion 2010.

⁴⁴ Case 22/70 *AETR* (fn. 1) para 90. See now Article 2(1) TFEU. See on this issue Cremona 2011.

⁴⁵ See with further references Case C-246/07 *Commission v. Sweden* (fn. 13) para 73.

⁴⁶ Opinion 2/91 *ILO* (fn. 22) para 36.

⁴⁷ Paragraphs 104 and 105 (fn. 13).

⁴⁸ *Ibidem* para 104.

co-operation more precise rules of conduct for Member States but also, to some extent implicitly, for the Council and the Commission.⁴⁹ Indeed, where the duty of co-operation requires a co-ordinated position of Union and Member States to be established, the necessary decisions should be taken by the Council on a proposal of the Commission.⁵⁰

To give some examples of such rules of conduct: with regard to negotiation procedures, where the Commission has obtained in a situation of shared competence a mandate to negotiate on behalf of the Union, a Member State cannot conclude a bilateral agreement with the third countries involved without first informing and consulting the Commission⁵¹; in the same vein, when, again in a situation of shared competence, the Union has established a common strategy on how to proceed with regard to decision-making on specific issues within the framework of an international convention to which it is a party together with its Member State, a Member state may not dissociate itself from that strategy by submitting unilaterally a proposal to the competent organs of the Convention⁵²; when a Member State has a conflict with another Member State about the interpretation and respect of obligations resulting from a mixed agreement (UNCLOS) and submits that conflict to an international tribunal whilst there exists an evident risk that this conflict involves rules of Union law, it cannot do so without first informing and consulting the Commission.⁵³

4 Concluding Remark

The case-law discussed above on the jurisdiction of the Court and the duty of co-operation reflects in my view the most important contribution the Court has made with regard to the management of mixity in practice. There are of course other issues as, for instance, questions of liability for violation of a mixed agreement,⁵⁴ on which there exists very little case-law, or on the necessity for the Union and the Member States when participating in the formation of new international organisations and their institutional structuring, to respect the autonomy of the Union legal order.⁵⁵ The latter case-law is, like that on direct effect of international

⁴⁹ See for a possible obligation deriving for the Commission from the duty of co-operation Case C-45/07 *Commission v. Greece* (2009) ECR I-701 para 25.

⁵⁰ See, also for the necessary legal base, Timmermans 2000, pp. 243–245.

⁵¹ Case C-266/03 *Commission v. Luxemburg* (2005) ECR I-4805, Case C-433/03 *Commission v. Germany* (2005) ECR I-6985.

⁵² Case C-246/07 *Commission v. Sweden* (fn. 13).

⁵³ Case C-459/03 *MOX* (fn. 9) para 179.

⁵⁴ See Case C-316/91 *European Parliament v. Council* (EDF) (1994) ECR I-625 para 29. See on the subject of liability Kuijper 2010.

⁵⁵ See Opinion 1/76 (fn. 1), Opinion 1/91 (*EEA*) (1991) ECR I-6079, Opinion 1/92 *EEA* (1992) ECR I-2821, Opinion 1/00 *ECAA* (2002) ECR I-3493.

agreements, of great importance but I have not discussed it here because it is not specific to mixed agreements.

In view of the multitude and complexity of problems raised by mixed agreements as extensively discussed in legal doctrine, particularly by those who as practitioners have been confronted with these problems,⁵⁶ the number of cases brought before the Court is finally not very large. It might be—but for an outsider this is no more than a guess—that, also on the basis of the principles developed already in the case-law, Union institutions and Member States have learned to master or at least to handle the problems by developing *modi operandi*, which, even when not codified in the form of binding inter-institutional agreements or Codes of Conduct (FAO), have allowed the emergence of standard practices of co-ordination that seem to function. But even an outsider will understand that all this goes at the cost of much administrative energy to be invested and time-consuming discussions, still leaving aside the generally excessive length of time the completion of national ratification procedures will take. Also, in that regard it would be better if the need of having recourse to the instrument of a mixed agreement was more critically assessed in practice.

In any event, after the entering into force of the Lisbon Treaty there is the more reason for such a critical assessment.⁵⁷ Union competence in the field of the common commercial policy now fully covers trade in services, the commercial aspects of intellectual property rights and foreign direct investment. Moreover, the Union possesses full-fledged external competence with regard to foreign and security policy as well as for matters coming within the scope of the area of freedom, security and justice. After the disappearance of the pillar structure the Union alone has now in principle the competence to conclude international agreements covering all these various sectors. So, since Lisbon there is much less need for mixity, at least in legal terms. Whether the Member States will be willing to renounce mixity, assuming that the Court will remain as accommodating in accepting mixity as it has been until now, remains to be seen. However, practical reasons for doing so might yet become more compelling in a Union of 27 or more Member States.

Let us hope, it will just be a matter of time.

References

- Cremona M (2011) Member States as trustees of the Union interest: participating in international agreements on behalf of the European Union. In: Arnulf AO (ed) *A constitutional order of States? Essays in EU Law in honour of Alan Dashwood*. Hart Publishing, Oxford, p 435
- Dashwood A (2010) Mixity in the era of the Treaty of Lisbon. In: Hillion C, Koutrakos P (eds) *Mixed agreements revisited*. Hart Publishing, Oxford, p 351

⁵⁶ E.g. Ehlermann 1983; Rosas 2000.

⁵⁷ Cp. Dashwood 2010 and Rosas 2010.

- Editorial Comments (1995) CMLRev:385–390
- Eeckhout P (2011) EU external relations law, 2nd edn. Oxford University Press, Oxford
- Ehlermann CD (1983) Mixed agreements: a list of problems. In: O’Keeffe D, Schermers HG (eds) Mixed agreements. Kluwer Deventer, Dordrecht, p 1
- Heliskoski J (2001) Mixed agreements as a technique for organizing the international relations of the European Community and its Member States. Kluwer Law International, The Hague
- Hillion C (2010) Mixity and coherence in EU external relations: the significance of the “duty of cooperation”. In: Hillion C, Koutrakos P (eds) Mixed agreements revisited. Hart Publishing, Oxford, p 87
- Hillion C, Koutrakos P (eds) (2010) Mixed agreements revisited. Hart Publishing, Oxford
- Jans JH (2012) Who is the referee? Access to justice in a globalised legal order. *Rev Eur Adm Law* 4(1):87–99
- Kuijper PJ (2010) International responsibility for EU mixed agreements. In: Hillion C, Koutrakos P (eds) Mixed agreements revisited. Hart Publishing, Oxford, p 208
- Rosas A (2000) The European Union and mixed agreements. In: Dashwood A, Hillion C (eds) The general law of E.C. external relations. Sweet & Maxwell, London, p 200
- Rosas (2010) The future of mixity. In: Hillion C, Koutrakos P (eds) Mixed agreements revisited. Hart Publishing, Oxford, p 367
- Schütze R (2010) Federalism and foreign affairs: mixity as a (inter)national phenomenon. In: Hillion C, Koutrakos P (eds) Mixed agreements revisited. Hart Publishing, Oxford, p 57
- Timmermans CWA (1981) Division of external powers between Community and Member States in the field of harmonization of National Law—a case study. In: Timmermans CWA, Völker ELM (eds) Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations. Kluwer Deventer, Dordrecht, p 15
- Timmermans CWA (2000) Organising joint participation of E.C. and Member States. In: Dashwood A, Hillion C (eds) The general law of E.C. external relations. Sweet and Maxwell, London, p 239

The Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy

Stefan Griller

Abstract The Court of Justice's powers always and until today have been markedly restricted when it comes to Common Foreign and Security Policy (CFSP). This inevitably results in a fragmented and sparse mosaic of yet important findings of the Court. Among these are several judgements on delimiting CFSP competences from other competences, clearly establishing priority for the latter, formerly EC competences. The Treaty of Lisbon seems to modify this relationship, without the ECJ so far having had the opportunity to express itself on that. Another development of paramount importance and established by the ECJ is the indirect fundamental rights scrutiny of restrictive CFSP measures. More generally, also the findings on the relationship between EC and EU law as well as between EC law and international law (today: between EU law and international law) on that occasion are relevant to the CFSP.

Professor, University of Salzburg.

S. Griller (✉)
University of Salzburg, Salzburg, Austria
e-mail: Stefan.Griller@sbg.ac.at

1 Introduction

1.1 Spillover Effects? From a Member States' Prerogative to a Fully Integrated EU Policy Under the Lisbon Treaty?

This author was invited to focus on the Court of Justice's case-law and role in the process of European integration, whilst also looking ahead at its future prospects. By contrast, 'lengthy accounts of the legislative and political context' should be avoided.

With respect to the Common Foreign and Security Policy (CFSP), however, observing this premise is a tall order. This is because the Court's case-law in this area, and, moreover, the scarcity of such case-law especially during the first decades following the establishment of the Court, can only be correctly assessed against the background of the very special legal status of this policy field over time. Addressing this development is therefore indispensable. Respecting at the same time the premise implies to live with abbreviations.¹

During the first decades of the European Communities' existence, the Treaties were completely silent on CFSP. This was in essence due to the underlying assumption that this policy field had remained with the Member States and hence outside the scope of EC law. For the ECJ, however, this triggered, *inter alia*, the question of whether CFSP matters were 'carved out' from EC competences, or whether, by contrast, they had to be brought in line with legal requirements flowing from overlapping areas, especially Common Commercial Policy (CCP).

It was not before the second half of the 1980s that CFSP found its way into the text of Primary law, namely through Article III ('Treaty provisions on European co-operation in the sphere of foreign policy') of the Single European Act (SEA 1986). The SEA established an intergovernmental 'framework of European Political Co-operation' (EPC), comprising the Ministers for Foreign Affairs, and a member of the Commission meeting at least four times a year. However, neither legally binding decisions nor legal scrutiny by the ECJ were foreseen.

These provisions were repealed by the Treaty of Maastricht (1992) which created the European Union including its intergovernmental 'second pillar': Title V of the Treaty on European Union (TEU), headed 'Provisions on a common foreign and security policy'. The second—and also the third pillar—contrasted with the supranational 'first pillar'. One of the resulting characteristics was that the TEU² exempted the provisions on CFSP from the 'powers of the Court of Justice'. By contrast, the Court had to monitor compliance with the 'priority-clause'³ in

¹ For a short yet informative survey compare e.g. McGoldrick 1997, p. 138 et seq. See also Gosalbo Bono 2006, p. 337 et seq.

² Article L (after Amsterdam: Article 46; and also Article 28 para 1) TEU.

³ Article M (after Amsterdam: Article 47) TEU. This clause was to be read together with and reinforced by the following provisions (numbering post-Amsterdam, emphasis added): Article 1 TEU: '... The Union shall be founded on the European Communities, *supplemented* by the

favour of EC law, stating that ‘nothing in this Treaty shall affect the Treaties establishing the European Communities or the subsequent Treaties and Acts modifying or supplementing them’.

In principle, the restriction of the Court’s powers is being upheld by the Lisbon Treaty. Article 275 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)⁴ reconfirms that the ‘Court of Justice of the European Union shall not have jurisdiction with respect to the provisions relating to the common foreign and security policy nor with respect to acts adopted on the basis of those provisions.’ There are, however, two important modifications to this principle, detailed in the second subparagraph of Article 275. First, the Court ‘shall have jurisdiction to monitor compliance’ with the so-called mutual non-affectedness clause in Article 40 TEU replacing the mentioned ‘priority clause’ for EC law. Second, it also has to review the legality of CFSP Council decisions ‘providing for restrictive measures against natural or legal persons’.

It remains to be seen which consequences the ECJ will draw from the fact that, despite this continuity, the systematic context of the provisions on CFSP was considerably altered by the Treaty of Lisbon. The Treaty arguably establishes a unified EU legal order including the CFSP, while explicitly retaining some specific intergovernmental features for this policy field. The latter is true especially regarding organs, law-making procedures, and sources of secondary law. Direct effect and supremacy, however, remain unclear. Integrating the CFSP into the new environment without clearly excluding these features might support the conclusion that the Lisbon Treaty levels the legal force of CFSP law—both primary and secondary—with that of other EU law. That would considerably reduce the intergovernmental nature of the post-Lisbon CFSP. However, there are also arguments to the contrary, and the prevailing view in the literature appears to be that, as far as constitutional specificities are concerned, ‘nothing has changed’ compared to pre-Lisbon.⁵

(Footnote 3 continued)

policies and forms of cooperation established by this Treaty.’; Article 2 TEU fifth indent: ‘The Union shall set itself the following objectives: ...—to *maintain in full the *acquis communautaire** and build on it...’; Article 3 TEU: ‘The Union shall be served by a single institutional framework which shall ensure the consistency and the continuity of the activities carried out in order to attain its objectives *while respecting and building upon the *acquis communautaire**.’

⁴ Almost identical wording is to be found in Article 24 para 1 TEU.

⁵ See Wouters et al. 2008, p. 160 et seq, p. 186 et seq; Streinz et al. 2010, p. 136 et seq, esp 141 et seq; Eeckhout 2011, p. 478 et seq. For a more differentiated view, see Herrmann 2008, p. 46 et seq; van Elsuwege 2010, p. 989 et seq; Regelsberger and Kugelmann 2012, para 3 et seq. This is not the place for an in-depth discussion. Suffice it to say that this author is not fully convinced by the ‘nothing has changed’-arguments. They bring the constitutional aspects of the CFSP reforms by the Lisbon Treaty close to mockery. Moreover, taken seriously and applied to EU law in general, at least the arguments drawing on the democracy principle and the rule of law put into question the legal status of further and similarly ‘constitutionally deficient areas’ such as Economic Union.

1.2 Methodological Remarks

Courts decide cases. They do not write textbooks. Nevertheless, what emerges over time might still be the full landscape of the legal order, through the lens of the courts. However, if jurisdiction is severely curtailed like in our case for CFSP, this cannot happen. What emerges is at best a fragmented mosaic in accordance with the limits imposed.

Accounting the ECJ's jurisprudence on CFSP inevitably mirrors this situation: there is no comprehensive ECJ perspective on CFSP matters. There are many important issues the Court could not even touch upon. Yet some commentators might feel tempted to 'fill the gap'. They look at the case law from a more or less ideal world perspective, advising how a fully fledged CFSP would look like and what the Court could do to achieve it. Others take the jurisprudence of the Court as if it were the one and only alternative to reading EU CFSP law.

The approach taken here is somewhat different. An appraisal of the ECJ's jurisprudence in the field means first taking stock of the (not so) many bits and pieces, and second, analyse that against the law as it stands. The reason for this is that the Courts have the power to decide, which means that they are authorised to choose between equal hypotheses. This does not render conflicting hypotheses necessarily flawed. Sometimes, they simply were not chosen. And sometimes, also Courts may get it wrong.

Respecting the limits of a contribution like the present one results in a certain dominance of stocktaking, while analysis is brief and sometimes even omitted.

2 Delimitation of Competences

2.1 Foreign Policy Measures Versus Exclusive EC/EU Competences

Exclusive EC competence curtails, according to the ECJ's jurisprudence, the adoption of measures both by the Member States and the Union under its second or third pillar. It was specifically with regard to dual-use-products, i.e. products which may be used both for civil and military purposes, that the Court developed this broad reading of the CCP competence: '... a measure ..., whose effect is to prevent or restrict the export of certain products, cannot be treated as falling outside the scope of the common commercial policy on the ground that it has foreign policy and security objectives.'⁶ The consequence of this understanding of the EC's exclusive competence was, first, restricting national foreign policy

⁶ Case C-70/94 *Werner*, [1995] ECR, I-3189, para 10. See also Case C-83/94 *Leifer*, [1995] ECR, I-3231, para 10 et seq.

measures, and second, CFSP measures. A measure falling within the ambit of the CCP principally excludes both Member States' and potential CFSP measures. Regarding the Member States, measures can eventually become (re-)delegated to them. This is different with regard to the CFSP. Altogether this meant—and probably still means⁷—a serious restriction both for the Member States and for the EU in adopting foreign policy measures. EU measures appear not only as subordinated to CCP-measures, but as bluntly excluded. Indeed, as a consequence of the mentioned findings of the Court, the export regime, previously consisting of a CCP regulation⁸ and a CFSP joint action⁹ was replaced by an 'all in one' dual-use regulation¹⁰ based on the Common Commercial Policy competence.¹¹

Similarly, the Court restricted national foreign policy action with respect to implementing UN Security Council resolutions. The case, *Centro-Com*, concerned a UN decreed trade embargo against the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro). This embargo had been implemented through an EC regulation.¹² Both the UN resolution and the EC regulation included an exception for the supply of medical products and foodstuffs. An Italian company, relying on this exception, sought payment through a bank account held by the National Bank of Yugoslavia in London. The Bank of England refused the release of the funds implementing a new UK policy allowing—in order to prevent circumvention of the embargo—payments only for exports from the UK (but not from another country like Italy).

The Court held that such a restriction was incompatible with EC law. It accepted the contention that the Member States had indeed retained their competence in the field of foreign and security policy. However, and citing its judgment in the *Werner* Case, the ECJ continued: 'Consequently, while it is for Member States to adopt measures of foreign and security policy in the exercise of their national competence, those measures must nevertheless respect the provisions

⁷ Compare Eeckhout 2011, p. 39.

⁸ Council Regulation 3381/94 setting up a Community regime for the control of exports of dual-use goods, OJ 1994/L 367/1.

⁹ Council Decision 94/942/CFSP on the joint action adopted by the Council on the basis of Article J.3 of the Treaty on European Union concerning the control of exports of dual-use goods, OJ 1994/L 367/8.

¹⁰ Council Regulation 1334/2000 setting up a Community regime for the control of exports of dual-use items and technology, OJ 2000/L 159/1; in the meantime replaced by Council Regulation 428/2009 setting up a Community regime for the control of exports, transfer, brokering and transit of dual-use items, OJ 2009/L 134/1.

Exception was only made for certain services considered not to come under the CCP competence. For these services (again) a CFSP measure was adopted: Council Joint Action 2000/401/CFSP concerning the control of technical assistance related to certain military end-uses, OJ 2000/L 159/216.

¹¹ At the time: Article 133 TEC; today, *mutatis mutandis*, Article 207 TFEU. For a detailed assessment of the change in the dual-use regime compare Weidel 2002.

¹² Council Regulation 1432/92 prohibiting trade between the European Economic Community and the Republics of Serbia and Montenegro, OJ 1992/L 151/4.

adopted by the Community in the field of the common commercial policy...¹³ In this context, and reacting to an argument by the UK government that the measures at issue were not ‘on any view’ commercial policy measures, the Court seemingly adopted an *instrumentalist* approach rather than a *teleological* one. It observed ‘that, even if such measures do not constitute measures of commercial policy, they may nevertheless be contrary to the common commercial policy, as implemented in the Community, if and insofar as they contravene Community legislation adopted in pursuance of that policy.’¹⁴ Using another terminology,¹⁵ one could also say: once it is established that the *contents* of a measure are commercial in nature, it comes under the CCP, irrespective of its *aims*. Consequently, the ECJ scrutinised the UK payment restriction, and found that it was incompatible with the—contextually interpreted—EC Export Regulation.

2.2 Foreign Policy Measures Versus Non-Exclusive EC/EU Competences

While the restrictive effect of exclusive competences like the CCP for the adoption of CFSP measures both by the Member States and the Union seem comprehensible and irrefutable, this is less clear regarding the overlap with non-exclusive competences. In this respect there might arguably be a choice to found a foreign and security policy measure either on the overlapping, non-exclusive EC/EU competence, or on the EU-CFSP competence, or alternatively on the Member States’ competence in the field, i.e. outside the EU legal framework.

However, the ECJ developed a different solution on the grounds of the mentioned ‘priority rule’ of Article 47 TEU (post Amsterdam), favouring EC law.

The *ECOWAS Case*¹⁶ highlighted a dispute between the Commission and the Council as to whether measures combating—mainly through financial support—the proliferation of small arms and light weapons should be done on the grounds of the Community’s competence for Development Cooperation Policy (especially

¹³ Case C-124/95 *Centro-Com*, [1997] ECR, I—114, para 27.

¹⁴ Case C-124/95 *Centro-Com*, [1997] ECR, I—114, para 32.

The contrast to the classical instances on CCP is obvious: The Court did not—as e.g. in Opinion 1/75, Understanding on Local Cost Standard, [1975] ECR, p. 1355 (on 1363 and 1364) where it found it unacceptable that “the Member States should exercise a power concurrent to that of the Community, ...”—rule out Member State measures. It only stressed that such measures had to respect Community measures. This might be seen as a cautious approach to the CCP-CFSP overlap resembling (but not entirely accepting) the older, more general contention in the literature that even CCP competences were not exclusive but concurring; compare only Vollbrecht 1987 p. 204 et seq; Timmermans 1987, p. 680 et seq.

¹⁵ Compare *infra* in the text near fn 25.

¹⁶ Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS—Economic Community of West African States), [2008] ECR, I-3651.

Article 179 TEC), or as a CFSP measure. These measures were foreseen in the 2000 Cotonou Agreement: the Partnership Agreement between the Members of the African, Caribbean and Pacific Group of States ('the ACP States') and the EC and its Member States. Despite the objections of the Commission, the Council had founded the measures on Article 14 TEU; to be precise, it adopted a joint action based on that provision,¹⁷ and later the implementing and contested decision.¹⁸

The ECJ scrutinised the CSFP decision of the Council. It is its task 'to ensure that acts which, according to the Council, fall within the scope of Title V of the Treaty on European Union and which, by their nature, are capable of having legal effects, do not encroach upon the powers conferred by the EC Treaty on the Community ...'¹⁹ The Court made it crystal clear that the mere possibility of adopting a measure on the grounds of an EC competence, including non-exclusive competences such as Development Cooperation, would render any CFSP measure illegal: '... a measure having legal effects adopted under Title V of the EU Treaty affects the provisions of the EC Treaty within the meaning of Article 47 EU whenever it could have been adopted on the basis of the EC Treaty, it being unnecessary to examine whether the measure prevents or limits the exercise by the Community of its competences. ... (I) f it is established that the provisions of a measure adopted under Titles V or VI of the EU Treaty, on account of both their aim and their content, have as their main purpose the implementation of a policy conferred by the EC Treaty on the Community, and if they could properly have been adopted on the basis of the EC Treaty, the Court finds that those provisions infringe Article 47 EU...'²⁰ The ECJ found it equally irrelevant whether, in an area such as development cooperation, 'such a measure could have been adopted by the Member States in exercise of their competences',²¹ and whether the EC competences in question would be of 'exclusive or shared nature'.²²

The ECJ continued, again mainly informed by Article 47 TEU, with a markedly differentiated adaptation of its jurisprudence on the delimitation of intra-EC-competences to overlaps between EC competences and the CFSP. The starting point was the observation that an EC competence—*in concreto*: for combating the proliferation of small arms and light weapons—could only be affirmed if the

¹⁷ Council Joint Action 2002/589/CFSP on the European Union's contribution to combating the destabilising accumulation and spread of small arms and light weapons and repealing Joint Action 1999/34/CFSP, OJ 2002/L 191/1.

¹⁸ Council Decision 2004/833/CFSP implementing Joint Action 2002/589/CFSP with a view to a European Union contribution to ECOWAS in the framework of the Moratorium on Small Arms and Light Weapons, OJ 2004/L 359/65.

¹⁹ Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS), [2008] ECR, I-3651, para 33.

²⁰ Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS), [2008] ECR, I-3651, para 60.

²¹ Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS), [2008] ECR, I-3651, para 61.

²² Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS), [2008] ECR, I-3651, para 62.

measure, ‘by virtue both of its aim and its content’, falls within the scope of the EC competences.²³ That would have to be denied if the measure had ‘as its main purpose the implementation of the CFSP’.²⁴

According to the ‘standard scheme’ for intra-EC overlaps, next addressed by the Court, closer scrutiny is necessary if a measure ‘pursues a twofold aim or ... has a twofold component and ... one of those is identifiable as the main one, whereas the other is merely incidental’. In such a case, ‘the measure must be based on a single legal basis, namely that required by the main aim or component’.²⁵ If, however, a measure ‘simultaneously pursues a number of objectives or ... has several components, without one being incidental to the other...such a measure will have to be founded, exceptionally, on the various corresponding legal bases ...’²⁶

At this point, the Court specified the categorical difference for CFSP overlaps: ‘However, under Article 47 EU, such a solution is impossible with regard to a measure which pursues a number of objectives or which has several components falling, respectively, within development cooperation policy, as conferred by the EC Treaty on the Community, and within the CFSP, and where neither one of those components is incidental to the other...’ This is so because ‘the Union cannot have recourse to a legal basis falling within the CFSP in order to adopt provisions which also fall within a competence conferred by the EC Treaty on the Community.’²⁷

Subsequently, the Court established that, taking account of its aim and its content, the contested decision contained ‘two components, neither of which can be considered to be incidental to the other, one falling within Community development co-operation policy and the other within the CFSP’, and that consequently the Council, by adopting it, had infringed Article 47 TEU, and that the decision therefore had to be annulled.²⁸

From the many facets of this judgement,²⁹ only two constitutional features shall be highlighted. First, the Court, and convincingly so, did not feel hampered by the restriction of its powers in Article 46 TEU. By contrast, relying on Article 47 TEU and drawing upon previous jurisprudence developed with regard to third pillar measures, the ECJ accepted the action against and finally annulled the CFSP decision at issue.³⁰ Indeed, if the Court takes its role as the guardian against

²³ Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS), [2008] ECR, I-3651, para 71.

²⁴ Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS), [2008] ECR, I-3651, para 72.

²⁵ Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS), [2008] ECR, I-3651, para 73.

²⁶ Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS), [2008] ECR, I-3651, para 75.

²⁷ Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS), [2008] ECR, I-3651, para 76 et seq.

²⁸ Case C-91/05 *Commission vs Council* (ECOWAS), [2008] ECR, I-3651, para 108 et seq.

²⁹ Compare e.g. Hillion and Wessel 2009, regarding the following remarks esp. on p. 571 et seq.

³⁰ The action was brought under Article 230 TEC. On this broad interpretation of the Court’s power see Hillion and Wessel 2009, p. 564 et seq. and—on the earlier emergence of this jurisprudence—Griller 1999, p. 61 et seq. Compare also Eeckhout 2011, p. 172 et seq.

encroachments upon EC competences by CFSP measures seriously, it cannot but scrutinise measures allegedly infringing the limits, irrespective of whether these measures literally appear *per se* exempt from its jurisdiction. The position taken by the court thus accords with the teleological reading of Article 47 TEU.

Second, the ECJ in essence is blocking the EU's CFSP competence whenever an EC competence is available, including shared, supporting, coordinating or supplementing competences. In the event of the Member States' reluctance to make use of such EC competence—which most likely will be, and in the *ECOWAS* Case indeed was, the reason for preferring a CFSP measure—, they are in effect 'squeezed out' of the EU legal framework and 'invited' to use traditional international law techniques. Consequently, the otherwise available regulatory force of EU law is being lost under those circumstances. It is hard to support this strict barrier³¹ which reduces the weight of EU law and transforms an EC competence, which in relation to the Member States is non-exclusive, into an exclusive competence *vis-à-vis* the EU.

2.3 Prospects: The Mutual Non-Affection Clause

Article 40 TEU after Lisbon reads:

The implementation of the common foreign and security policy shall not affect the application of the procedures and the extent of the powers of the institutions laid down by the Treaties for the exercise of the Union competences referred to in Articles 3–6 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Similarly, the implementation of the policies listed in those Articles shall not affect the application of the procedures and the extent of the powers of the institutions laid down by the Treaties for the exercise of the Union competences under this Chapter.

This is markedly different from Article 47 TEU pre-Lisbon, mainly in that the 'non-affection duty' post Lisbon operates into both directions, not only protecting the former EC policies against encroachments by intergovernmental mechanisms, but equally protecting the latter, namely the CSFP, against similar effects resulting from other EU policies.

It has already been indicated that this change creates very difficult new questions if not opaque leeway for new approaches by the ECJ.³² Against the background of the newly universalised definition of aims for *all* external action (Article 21 TEU) the mentioned 'aims and content test' for the delimitation of CFSP and other competences will have to be modified. Whether or not a certain prevalence of non-CFSP policies over CFSP will be upheld on the basis of a preference for the

³¹ Compare for the argument Griller 1999, p. 57 et seq. A similar result, yet on the grounds of very different arguments, appears to be reached by Dashwood 2008, esp on p. 93 et seq.

³² E.g. Cremona 2008, p. 44 et seq; Dashwood 2008, p. 103 et seq; Hillion and Wessel 2009, p. 582 et seq; Klamert 2010, p. 499 et seq; van Elsuwege 2010, p. 1002 et seq. More optimistic Eeckhout 2011, p. 180 et seq.

leges speciales (non-CFSP policies) over the *lex generalis* (the CFSP) remains equally questionable; not the least because foreign policy is not necessarily *lex generalis* in relation to other external action, e.g. CCP. Especially in cases where a measure simultaneously pursues more than one objective, without one being incidental to the other, the prevalence of non-CFSP policies appears as abolished under Article 40 TEU.

It is to be added that repercussions of Article 40 TEU might be expected not only regarding non-exclusive competences, but also for the CCP. To give but one example instead of lengthy explanations: Clearly, the powers of the Council acting unanimously within the CFSP are ‘affected’ by a dual-use regulation subject to qualified majority voting within the CCP. Combined with a more teleological than instrumental delimitation of CCP and CFSP competences (a modified ‘aims and content test’), this might well result in far-reaching consequences to the detriment of the further development of the CCP.

3 Restrictive Measures

3.1 *The Legal Framework*

Restrictive measures—formerly known as economic sanctions—can be targeted against third countries as well as against natural or legal persons and groups or non-State entities. Since the entry into force of the Maastricht Treaty such measures first have to be adopted on the grounds of the CFSP provisions of the TEU before they may be adopted under specific legal bases, pre-Lisbon under the TEC,³³ post-Lisbon under the TFEU.³⁴ Consequently, the regulatory interplay differs considerably from the normal relation between CFSP and ‘other’ measures.

³³ Articles 60 and 301 TEC.

³⁴ Article 215 TFEU. This provision allows for the interruption or reduction, in part or completely, of economic and financial relations with one or more third countries, as well as for four restrictive measures against individuals. Arguably, it thereby encompasses the former Article 60 TEC. The Council, acting by a qualified majority on a joint proposal from the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and the Commission, shall adopt the ‘necessary measures’. The European Parliament shall only be informed.

By contrast, Article 75 TFEU, which replaced Article 60 EC with regard to restrictions on capital movements and payments, is different in several respects. First, its application is independent from a previous CFSP measure. Second, its scope is refined to preventing and combating terrorism and related activities. Third, the two-tier mechanism in this case consists of the regulation passed in the ordinary legislative procedure establishing the framework, and of implementing measures by the Council. It is not entirely clear whether Article 74 TFEU could also be used to implement CFSP measures, eventually without taking a previous CFSP decision under the TEU.

For the purposes of the following deliberations, the considerable divergence between the details of the legal framework over time can be omitted.³⁵ Suffice it to say that, taking this development and the mentioned two-tier system into account, it might be open to debate whether such restrictive measures are to be qualified as CCP measures having a foreign policy aim, or rather as specific CFSP measures, or something else.³⁶ The Court has not yet expressed itself on that. It shall also be recalled that, due to the derogation from the general carve out regarding CFSP, the ECJ is competent to review the legality (not only of regulations, but also) of CFSP Council decisions imposing ‘restrictive measures against natural or legal persons’.³⁷

3.2 *Scrutiny of CFSP Measures*

In *Segi*³⁸ the ECJ had to express itself on a common position listing a Basque group, *Segi*, as a terrorist organisation. The common position had been based on both Article 15 TEU pre-Lisbon (a CFSP provision), and Article 34 TEU pre-Lisbon (on Police and Judicial Co-operation in criminal matters; former third pillar). The Court addressed the reviewability of the measure solely referring to its third pillar basis, and against the background that the Treaty (Article 35 TEU pre-Lisbon) seemed to exclude judicial scrutiny for common positions. In this respect, however, the situation was equal for CFSP common positions. Therefore, the findings of the Court appear to be applicable also to CFSP measures, especially to common positions.³⁹

³⁵ See for a more comprehensive picture including the development over the decades, Eeckhout 2011, p. 501 et seq.

³⁶ This shall be explained only for the post-Lisbon situation. However, the point could also be made—*mutatis mutandis*—under pre-Lisbon law. Within the TFEU, restrictive measures are regulated in a Title different from that on CCP (Articles 206 et seq and Article 215 TFEU respectively), even if the historical development would suggest the contrary. Article 40 TEU also in this respect is not very helpful, given that ‘restrictive measures’ are not mentioned in Articles 3–6 TFEU. At any event, the ‘non-affectation-concept’ of Article 40 TEU could only work with respect to restrictive measures if they were—also if adopted on the basis of Article 215 TFEU—to be qualified as CFSP measures.

Compare also Eeckhout 2011, p. 502: ‘border area between trade policy and foreign policy where it is difficult, if not impossible, to draw clear boundaries ... no man’s land between the front line of the supranational and the intergovernmental’. Even if restrictive measures should be qualified as CCP measures, the competence of the Union could—under Article 215 TFEU—not be exclusive; see Eeckhout 2011, p. 541.

³⁷ Article 275 TFEU. The premise of the provision is that such decisions could produce legal effects even before their implementation through Article 215 TFEU. This in turn (but not only this) renders the position untenable that CFSP law after Lisbon would not be legally binding.

³⁸ Case C-355/04 P *Segi*, [2007] ECR, I-1662.

³⁹ Similarly, Eeckhout 2011, p. 481.

In a landmark decision on the far-reaching consequences of the principle of the rule of law the Court dismissed the contention that judicial protection was not available (even pre Lisbon). It referred to Article 6 TEU and concluded: “the Union is founded on the principle of the rule of law and it respects fundamental rights as general principles ... It follows that the institutions are subject to review of the conformity of their acts with the treaties and the general principles of law, just like the Member States when they implement the law of the Union.”⁴⁰ The justification for excluding judicial scrutiny in principle was that “a common position is not supposed to produce of itself legal effects in relation to third parties”.⁴¹ Should that be different, as in the case at issue, judicial control had to be available. Consequently, the ECJ found that both preliminary ruling and reviewing the lawfulness, and despite the restrictive wording of the Treaty, “exist in respect of all measures adopted by the Council, whatever their nature or form, which are intended to have legal effects in relation to third parties...”⁴² It is to be noted that this ruling has found its way into the drafting of the Lisbon Treaty and is now, with regard to CSFP measures, expressly reflected in Article 275 TFEU.

There is, furthermore, also indirect scrutiny. In *Kadi and Al Barakaat*,⁴³ the ECJ addressed the mentioned ‘bridge’ between CFSP and EC law. In the end, it scrutinised the EC regulation implementing the CFSP measure which in turn had transposed the UN Security Council Resolution into the EU legal order against the yardstick of the fundamental rights guaranteed by the ‘autonomous’ EC legal order. Even if the Common Position adopted as a CFSP measure is not the legal basis but the condition for the EC regulation, scrutinising that regulation is at the same time a verdict on the Common Position at least in so far as the contents of the two measures are identical. This results in an *indirect* scrutiny of CFSP measures,⁴⁴ even if the court was, by Article 46 TEU pre-Lisbon, and is now by Article 275 TFEU, precluded from directly reviewing—and eventually annulling—CFSP measures against the yardstick of EC/EU law.

In the case at issue, the ECJ went against the findings of the Court of First Instance (CFI) and found ‘that the Community judicature must ... ensure the review, in principle the full review, of the lawfulness of all Community acts in the light of the fundamental rights forming an integral part of the general principles of Community law, including review of Community measures which, like the

⁴⁰ Case C-355/04 P *Segi*, [2007] ECR, I-1662, para 51.

⁴¹ Case C-355/04 P *Segi*, [2007] ECR, I-1662, para 52.

⁴² Case C-355/04 P *Segi*, [2007] ECR, I-1662, paras 53 and 55.

⁴³ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation* (hereinafter, *Kadi and Al Barakaat*), [2008] ECR, I-6351.

For a full appraisal including the facts of the case and further references, see Eeckhout 2011, p. 506 et seq; De Búrca 2012. For this author’s comments which in the following are partly developed further, compare Griller 2008.

⁴⁴ For those, however, who would qualify Articles 60 and 301 TEC (today Article 215 TFEU) as (very special) CFSP provisions (compare above fn 36), all jurisprudence on these Articles and implementing measures is case-law ‘directly’ in CFSP matters.

contested regulation, are designed to give effect to the resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations.⁴⁵

Finally, the ECJ arrived at the verdict that the contested regulation violated several fundamental rights, mainly the right to be heard and the right to effective judicial review,⁴⁶ as well as the right to respect for property.⁴⁷ Consequently, the Court nullified the contested regulation.⁴⁸

It cannot be denied that this verdict hits the underlying CFSP measures as well, even if the Court was silent in this respect.

3.3 *The Relation Between CFSP Law and EC Law*

In *Kadi and Al Barakaat*, the ECJ examined the contention that Articles 60 and 301 together with Article 308 TEC would allow for sanctions against individuals, even if the former provisions only mentioned third countries as targets. The Court rejected the position of the Court of First Instance (now the General Court) that this was possible, arguing that Article 308 could be used to realise objectives not included in the TEC but in the TEU provisions on CFSP. The ECJ, by contrast, found that the TEC provisions could only be used for measures concerning the objectives of the Community, but not ‘the objectives of the CFSP’.⁴⁹ Instead, the Court held that the lack of power, attributable to the limited ambit *ratione materiae* of Articles 60 and 301 ‘could be made good by having recourse to Article 308’.⁵⁰ Thus, in effect, it rejected the claim that individuals might not be targeted by restrictive measures.

In this context, the Court explicitly qualified the relationship between the Union and the Community as ‘the coexistence of the Union and the Community as *integrated but separate legal orders*’.⁵¹

However, the ECJ did not specify this contention. Given that it qualified the Community as an ‘autonomous’ legal order⁵² it is open to speculation whether,

⁴⁵ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, para 326.

⁴⁶ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, paras 334–353.

⁴⁷ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, paras 354–370.

⁴⁸ However, it ordered that the regulation was to be maintained for a period not exceeding three months, which consequently led to a ‘renewal’ by the Commission and a second round of litigation which is not yet finished; see Case T-85/09 *Kadi*, 30 Sept 2010, nyr.

⁴⁹ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, para 201.

⁵⁰ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, para 216.

Post-Lisbon, the issue is of minor importance because, first, Article 352 TFEU, replacing, with substantive amendments, Article 308 TEC, includes a new para 4 which states that Article 352 cannot serve as a basis for attaining objectives pertaining to the CFSP and that Article 40(2) TEU has to be respected. Second, Article 215 TFEU now explicitly includes the option to adopt sanctions against individuals. Consequently, there is no need to rely on Article 352.

⁵¹ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, para 202.

according to the Court, the Union legal order could be part of or at least closer to international law, or similarly ‘autonomous’. Since the two are seen as ‘integrated’ the better reasons seem to favour the second reading.

After Lisbon, however, further clarification appears less important. It can hardly be doubted that the ECJ will also qualify the new Union legal order as ‘autonomous’, with the CFSP forming a specific part of it. However, it is obvious that answering the question on the legal status of the CFSP after Lisbon⁵³ would impact on the degree of differentiation within that ‘unified’ Union.

3.4 *The Relation Between EU Law and International Law*

On the basis of the Court’s finding that the Union and the European Community were integrated but separate legal orders, the findings on the relation between International Law and EC Law also become relevant for the positioning of the CFSP—not only pre-, but *mutatis mutandis* also post-Lisbon. Even if the degree of that integration may be uncertain, it is hard to interpret the ECJ judgment in order that CFSP law might become closer to ‘classic’ international law and consequently probably exempt from the constitutional principles the Court was eager to enforce *vis-à-vis* EC law. After Lisbon, in the context of the unified EU, this conclusion seems to be reinforced. It is only in this sense that the Court can be understood when, later in the *Bank Melli* Case, it reinforced its position and extended it to Common Positions adopted within the CFSP framework. The Court said that ‘Security Council resolutions and *Council common positions* and regulations originate from distinct legal orders.’⁵⁴

In *Kadi* and *Al Barakaat*, and partly going against the Court of First Instance (CFI) ruling, the ECJ expressed several fundamental considerations on the relationship between the legal orders at issue. These considerations at least in principle appear to be valid equally for EU law pre Lisbon and post Lisbon. Arguably, the restricted powers of the ECJ in the field could, to a certain extent, compromise enforcement, but not the validity of the principles itself.⁵⁵

The Court held that ‘the obligations imposed by an international agreement cannot have the effect of prejudicing the constitutional principles of the EC Treaty, which include the principle that all Community acts must respect fundamental rights’,⁵⁶ and made a sharp distinction between eventual effects within the

⁵² Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* and *Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, para 317. The Court also uses the expression ‘autonomous legal system’: paras 282, 316. However, the significance of the difference remains unclear.

⁵³ Compare *supra* in the text before and in fn 5.

⁵⁴ Case C 548/09 P *Bank Melli*, 16 Nov 2011, nyr, para 100 (emphasis added).

⁵⁵ In the light of the *Segi* Case (compare *supra* in the text after n 38), however, it is conceivable that the ECJ would not hesitate to review CFSP law directly, if need should be, in order to protect the rule of law and fundamental rights.

Community and within the international legal order, by stressing that reviewing a Community regulation would not at the same time include reviewing the lawfulness of the UN resolution. Even denying the lawfulness of the Community measure, the Court concluded, ‘would not entail any challenge to the primacy of that resolution in international law’.⁵⁷

The Court based its decision on three grounds of diverse quality: that the Community is based on the *rule of law* which includes the review of any act adopted, that the *autonomy of the community legal order* is ensured by virtue of the exclusive jurisdiction of the Court, and that *fundamental rights form an integral part of the general principles of law* whose observance the Court ensures.⁵⁸

In this contribution some brief remarks on the constitutional relevance of this ‘autonomous legal order’ jurisprudence should suffice.⁵⁹ The starting point of the ECJ, that it has to enforce the constitutional provisions of the (EC, now EU) legal order which created it, is hardly disputable. The difficulty lies in interpreting this order with respect to the contention that ‘full enforcement’ might be compromised by, and has to be weighed against the—equally evident—aim of the Treaties to integrate the EU into the international legal order.

In essence, the Court was very strict when it affirmed its unrestricted power of review and held that a violation of ‘constitutional principles’,⁶⁰ in particular the respect of fundamental rights, is not allowed. From a functional perspective, while stressing that the autonomy of the Community legal system internally allows—through supremacy and direct effect—the preservation of a higher derogatory rank vis-à-vis national law, externally it leads to reducing the binding force of international obligations.

Arguably, alternative solutions are conceivable—and are probably still available for the Court, such as developing its findings in *Kadi* and *Al Barakaat*.

The most convincing solution would be to apply the well-known ‘*Solange*’ test to the relationship between EC law and Security Council resolutions. This test has been applied in the past to both the relationship between national human rights guarantees and EC law—mainly by the German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgerichtshof*, hereinafter *BVerfG*)—, and the relationship between the guarantees of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and EC law—by the ECHR.

On the basis of this approach and in its more recent jurisprudence the German Constitutional Court⁶¹ refrains from a detailed fundamental rights scrutiny of

⁵⁶ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* and *Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, para 285.

⁵⁷ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* and *Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, para 288.

⁵⁸ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* and *Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, paras 281–284; compare also para 316 et seq.

⁵⁹ For a full discussion compare the references supra fn 43.

⁶⁰ Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* and *Al Barakaat*, [2008] ECR, I-6351, para 285.

secondary Community law. Reconfirming its Maastricht judgment⁶² the *BVerfG* stresses that it ‘guarantees by its jurisdiction in a relationship of co-operation with the European Court that an effective protection of basic rights for the inhabitants of Germany will also generally be maintained as against the sovereign powers of the Communities and will be accorded in the same respect as the protection of basic rights required unconditionally by the Constitution and’... [that it] ‘provides a general safeguard of the essential content of the basic rights. The Court thus guarantees this essential content as against the sovereign powers of the Community as well.’⁶³ ... The constitutional requirements as identified in *BVerfGE* 73, 339 (340, 387) [*Solange II*] are met, as long as the jurisprudence of the ECJ *in general* ensures an effective protection of fundamental rights against the sovereign powers of the Community, which is in its substance comparable to the indispensable standards of the *GG* and provides a general safeguard of the core guarantees of the basic rights’.⁶⁴ The situation is similar in other EU Member States, e.g. in Italy.

The stance taken by the ECtHR regarding the relationship between the guarantees of the European Convention and EC law is similar. The ECtHR refrains from detailed scrutiny as long as ‘the relevant organisation’, and the EC specifically, protects fundamental rights in a manner which can be considered ‘at least equivalent’ to the Convention. The Court continues: ‘By “equivalent” the Court means “comparable”: any requirement that the organisation’s protection be “identical” could run counter to the interest of international co-operation pursued.’⁶⁵

In substance, this test reflects the argument that insisting on standards of protection which would be identical to the internal protection level would fundamentally undermine international co-operation in general. If every state or international organisation respectively, would make the respect for its internal standards a condition for the conclusion of an agreement, no such agreement would ever be possible. This is more than an abstract consideration. It is an argument of contextual interpretation of the legal instruments concerned, be they national constitutions or international agreements like the European Convention. Given that they allow for international co-operation, calls for discarding the ‘strong version’ that identical protection would be required. Otherwise integration clauses would be deprived of their substance. Arguably this is included in the

⁶¹ See especially *Solange I* (BVerfG 29 May 1974, Case BvL 52/71, BVerfGE 37, 271, esp. at 285); *Solange II* (BVerfG 22 October 1984, Case 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, esp. at 383 et seq.); *Banana judgment* (BVerfG 7 June 2000, Case 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147); *Lisbon judgment* (BVerfG, 30 June 2009, 2 BvE 2/08, paras 339 et seq.).

⁶² BVerfG 12 October 1993, Case 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155.

⁶³ The English version of the first part of the citation is taken from ‘*Brunner v The European Union Treaty*’ 1 Common Market Law Reports (1994) p. 57 at p. 79.

⁶⁴ *Banana Judgment*, *supra* 61 [emphasis added]; the author’s own translation of the second part.

⁶⁵ See ECtHR 30 June 2005, Application No. 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland*, at para 155.

ECHR's dictum that insisting on identical protection would 'run counter to the interest of international co-operation.'⁶⁶

The '*Solange*' test is performed on the basis of an 'integrated legal order'. In principle, this solution could also be available for the ECJ and the EU legal order, as a legal order integrated into International Law. At present, however, that would, against the backdrop of the deficiencies of the UN legal order, certainly not allow the Court to waive its indirect scrutiny of UN Security Council Resolutions.

References

- Cremona M (2008) Defining competence in EU external relations: lessons from the treaty reform process. In: Dashwood A, Maresceau M (eds) *Law and practice of EU external relations*. Cambridge University Press, Cambridge, pp 64–69
- Dashwood A (2008) Article 47 TEU and the relationship between first and second pillar competences. In: Dashwood A, Maresceau M (eds) *Law and practice of EU external relations*. Cambridge University Press, Cambridge, pp 70–103
- De Búrca G (2012) The ECJ and the international legal order: a re-evaluation. In: De Búrca G, Weiler HH (eds) *The worlds of European constitutionalism*. Cambridge University Press, Cambridge, pp 105–149
- Eeckhout P (2011) *EU external relations law*, 2nd edn. Oxford University Press, Oxford
- Gosalbo Bono R (2006) Some reflections on the CFSP legal order. *Common Market Law Rev* 43:337–394
- Griller S (1999) Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach Amsterdam. In: Müller-Graff P-C, Schwarze J (eds) *Rechtsschutz und Rechtskontrolle nach Amsterdam*, *Europarecht, Beiheft 1/1999*, pp 45–72
- Griller S (2008) International law, human rights and the European Community's autonomous legal order: notes on the European Court of Justice decision in Kadi. *Eur Const Law Rev* 4:528–553
- Herrmann C (2008) Much ado about pluto? The 'Unity of the Legal Order of the European Union' revisited. In: Cremona M, de Witte B (eds) *EU foreign relations law. Constitutional fundamentals*. Hart Publishing, Oxford, pp 19–51
- Hillion C, Wessel RA (2009) Competence distribution in EU external relations after ECOWAS: clarification or continued fuzziness? *Common Market Law Rev* 46:551–586
- Klamert M (2010) Conflicts of legal basis: no legality and no basis but a bright future under the Lisbon Treaty? *Eur Law Rev* 4:497–515
- McGoldrick D (1997) *International relations law of the European Union*. Longman
- Regelsberger E, Kugelman D (2012) Commentary on Art 25 EUV. In: Streinz R (ed) *EUV/AEUV*, 2nd edn. C.H.Beck, München
- Streinz R, Ohler C, Herrmann C (2010) *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3rd edn. C.H.Beck, München
- Timmermans CWA (1987) Common commercial policy (Article 113 EEC) and international trade in services. In: Capotorti F, Ehlermann C-D, Frowein F, Jacobs F, Joliet J, Koopmans T, Kovar R (eds) *Du droit international au droit de l' integration*. Liber Amicorum Pierre Pescatore, Nomos, Baden–Baden, p 675
- Van Elsuwege P (2010) EU External action after the collapse of the pillar structure: in search of a new balance between delimitation and consistency. *Common Market Law Rev* 47:987–1019

⁶⁶ Ibid.

- Vollbrecht A (1987) *Warenverkehrslenkung nach dem Außenwirtschaftsgesetz im Rahmen des Europäischen Gemeinschaftsrechts*. Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg
- Weidel B (2002) The community export control system for dual use goods—a story of reconquering lost grounds? In: Griller S, Weidel B (eds) *External economic relations and foreign policy in the European Union*. Springer, Vienna, pp 419–444
- Wouters J, Coppens D, De Meester B (2008), *The European Union's external relations after the Lisbon Treaty*. In: Griller S, Ziller J (eds) *The Lisbon Treaty. EU constitutionalism without a constitutional treaty?* Springer, Vienna, pp 143–203

The Court of Justice and Bilateral Agreements

Marc Maresceau

Abstract The *Haegeman* judgment of 30 April 1974 was the first case in which the European Court of Justice was asked to provide an interpretation of a bilateral agreement concluded by the EEC with a non-Member State. The *Ziebell* judgment of 8 December 2011 is one of the recent preliminary rulings concerning the interpretation of the 1963 Association Agreement between the EEC and Turkey. With this more than 35 years of case-law on bilateral agreements, the Court has achieved a truly impressive record. Although initially not foreseen by the Founding Fathers of the EEC Treaty, the interpretation of bilateral agreements with non-Member States has become one of the very dynamic areas of judicial protection in the EU. In the first part of this contribution, “the formative years” of the Court’s case-law on direct effect of bilateral agreements are revisited, and it is seen that a rereading of “the basics” is not without discoveries and sometimes even surprises. Thereafter, the contribution examines in more detail where the case-law on direct effect of bilateral agreements stands today; and finally, in the last section, a few illustrations are given of the intense but often subtle interaction between direct effect and substantive law interpretation.

Professor of Law, Jean Monnet Chair ad Personam, Jean Monnet Centre of Excellence, European Institute, Faculty of Laws, Ghent University.

M. Maresceau (✉)
Ghent University, Ghent, Belgium
e-mail: Marc.Maresceau@UGent.be

1 Introduction

The *Haegeman* judgment of 30 April 1974¹ was the first case in which the European Court of Justice was asked to provide an interpretation of a bilateral agreement concluded by the EEC with a non-Member State. With the *Ziebell* judgment of 8 December 2011,² handed down while the present contribution for this commemorative book was being drafted, the Court provided its umpteenth preliminary ruling concerning the interpretation of one of the bilateral legal instruments governing the relations between the EU and Turkey. With more than 35 years of case-law on bilateral agreements, the Court has achieved a truly impressive record. Although initially not foreseen by the Founding Fathers of the EEC Treaty, the interpretation of bilateral agreements with non-Member States has become one of the very dynamic areas of judicial protection in the EU.

Questions relating to the interpretation of bilateral agreements can come up before the Court of Justice and the General Court with different procedural backgrounds. To date, almost all judgments of the Court of Justice concerning bilateral agreements have been the result of requests for a preliminary ruling under Article 267 TFEU, in situations where an act of a Member State authority is thought to be in conflict with a commitment contained in such an agreement or, very exceptionally, where an agreement is invoked in a conflict between individual parties before a national court.³ Occasionally, non-respect by Member States of bilateral commitments of the EU may also lead to direct proceedings before the Court of Justice brought by the European Commission under Article 258 TFEU but, again, this remains very rare.⁴ Proceedings regarding review of validity or legality of acts of the Union in the light of bilateral agreements concluded by the EU,⁵ and actions for damages for violation of a bilateral agreement⁶ also occur exceptionally. Finally, an envisaged bilateral agreement can be examined by the Court of Justice for compatibility with the TEU or TFEU on the basis of Article 218(11) TFEU.⁷

¹ Case C-181/73, [1974] ECR 450.

² Case C-371/08, nyr.

³ For an example of a conflict between individuals giving rise to a request for a preliminary ruling on the effect of a bilateral agreement, see Case C-265/03, *Simutenkov* [2005] ECR I-2579.

⁴ For an example, see Case C-92/07, *European Commission v The Netherlands* [2010] ECR I-3683.

⁵ For an example, see Case T-319/05, *Switzerland v Commission* [2006] ECR II-2073; an appeal is pending before the Court of Justice, Case C-547/10 P.

⁶ For an example, see Case T-292/09, *Muhammed Muğraby v Council and Commission*, nyr. In this case an attempt was also made to bring an action for failure to act against the Council and Commission based on a provision of an association agreement; an appeal is pending before the Court of Justice, Case C-581/11 P.

⁷ Only a small number of envisaged bilateral agreements have been examined within the framework of the procedure of Article 218(11) TFEU; this procedure has been used more frequently with regard to envisaged multilateral agreements. For more details, see Adam 2011, pp. 163–165.

This brief contribution will focus on the case-law of the Court of Justice regarding direct effect of bilateral agreements, but it is impossible to present an exhaustive analysis of the Court's vast case-law on this subject. A selection of judgments considered to be representative must be made and this in itself is not an easy exercise. In addition, direct effect analysis cannot be isolated from the sometimes complex facts of the case and from the legal background of the invoked bilateral agreement; unfortunately, however, it was not possible to develop these aspects in depth in this contribution. In many respects, the text which follows is therefore incomplete and fragmentary. In the first part of the contribution, "the formative years" of the Court's case-law on direct effect of bilateral agreements are revisited, and it is seen that a rereading of "the basics" is not without discoveries and sometimes even surprises. Thereafter, the contribution examines in more detail where the case-law on direct effect of bilateral agreements stands today; and finally, in the last section, a few illustrations are given of the intense but often subtle interaction between direct effect and substantive law interpretation.

2 The Formative Years: From *Haegeman* to *Kupferberg*

The Court of Justice examined the direct effect of an agreement for the first time in the *International Fruit Company* ruling of 14 December 1972 and concluded that the spirit, the general scheme and the wording of the GATT did not lend themselves to direct effect.⁸ Two years after this judgment, in 1974 in the *Haegeman* case,⁹ the Court was asked to provide a preliminary ruling on the interpretation of certain provisions of the Association Agreement concluded with Greece. In his Opinion, Advocate General Warner suggested to the Court to decline jurisdiction to rule on the interpretation of the agreements concluded by the Community. In his view, within the preliminary ruling system, the Court only had jurisdiction to interpret the EEC Treaty or to interpret and examine the validity of acts of a Community institution. Bilateral agreements concluded with non-Member States did not belong to any of these categories. The Court did not follow its Advocate General and instead held that it had jurisdiction to give a preliminary ruling. The Association Agreement with Greece had been concluded under (then) Articles 228 and 238 of the EEC Treaty (now Articles 216, 218 and 217 TFEU). Therefore, "[t]his Agreement is ... in so far it concerns the Community, an act of one of the institutions of the Community within the meaning of subparagraph (b) of the first

⁸ Cases 21-24/72, [1972] ECR 1219. For a detailed analysis of the question of direct effect of multilateral agreements, see the contribution by Prof. Jacqueline Dutheil de la Rochère in this volume.

⁹ Case 181/73, [1974] ECR 449.

paragraph of Article 177”¹⁰ and, moreover, “[t]he provisions of the Agreement, from the coming into force thereof, form an integral part of Community law”.¹¹

While in this case the substantive law interpretation by the Court of the invoked provisions of the Agreement meant that they were not relevant to finding a solution to the dispute and that Haegeman could not rely on them, the Court nevertheless, with its statement on its jurisdiction and with its qualification that agreements form an integral part of Community law, laid the basis for an intensive judicial activity regarding interpretation of bilateral agreements. Had the Court followed Advocate General Warner’s approach there would almost certainly not have been a contribution in this commemorative volume on the Court of Justice and bilateral agreements.

The next case concerning the effect of bilateral agreements was *Polydor v. Harlequin*¹² in which the Court examined the exercise of industrial and intellectual property rights against the background of the 1972 Agreement with Portugal establishing free trade, providing *inter alia* for the prohibition of measures having equivalent effect to quantitative restrictions. Notwithstanding the fact that the relevant provision in that agreement was formulated in a way almost identical to the corresponding provisions of the EEC Treaty—which had been recognised as entailing direct effect—the Court, strangely enough, avoided ruling on the direct effect of the agreement in question and moved immediately to the substantive law interpretation. In doing so, the Court held that the approach followed with regard to provisions from the EEC Treaty, in particular concerning the exercise of industrial and commercial property rights in an intra-Community context based on the notion of the “single market”, could not be applied in the relations with Portugal. The difference in objectives of the EEC Treaty as compared to those of the Agreement with Portugal necessarily led to a different interpretation as to the substantive scope of the respective prohibition provisions, even though these provisions were formulated in similar terms. The Court’s message was clear: similarity of terms was not sufficient for transposing by analogy the interpretation applied to restrictions on intra-Community trade to a provision of the Agreement with Portugal.¹³ Moreover, the Court’s ruling already confirmed the view that for substantive law interpretation of bilateral agreements, the nature and objectives of these agreements were of crucial importance, an aspect to which this contribution will return below.

Less than three months later, on 29 April 1982, the Court gave its *Pabst & Richarz* judgment.¹⁴ In this case the question had arisen whether the German Law on the Monopoly in Spirits was in conformity with Article 53(1) of the Association Agreement with Greece. This provision was similar to that of (then) Article 95 EEC

¹⁰ Paras 2–4.

¹¹ Para. 5.

¹² Case 270/80, [1982] ECR 329.

¹³ Paras 14–15.

¹⁴ Case 17/81, [1982] ECR 1333.

(now Article 110 TFEU) prohibiting less favourable internal taxation on products of the other Member States than that imposed on similar domestic products. The Court held that Article 53(1) of the Association Agreement contained “a clear and precise obligation which is not subject, in its implementation or effects, to the adoption of any subsequent measure”.¹⁵ The Court also noted that Article 53(1) fulfilled the same function as that of the similar provision of the EEC Treaty and that, in that agreement, it formed part of a group of provisions “the purpose of which was to prepare for the entry of Greece into the Community”.¹⁶ The Court did not further elaborate on the impact the pre-accession nature of the Agreement with Greece had on the examination of direct effect. The Court’s conclusion from the wording of Article 53(1) of the Association Agreement *and* from the objective and nature of that Agreement, was that Article 53(1) had direct effect.

The *Kupferberg* judgment,¹⁷ also rendered in 1982, can be considered the concluding piece from the formative years on direct effect of bilateral agreements; it again concerned the 1972 Agreement with Portugal establishing free trade. Article 21(1) of that Agreement contained a non-discrimination clause regarding indirect taxation similar to the one already mentioned in *Pabst & Richarz*. This time, as opposed to what happened in *Polydor v. Harlequin*, the *Kupferberg* case brought sharply to the fore the need to search for possible direct effect. The Court’s reasoning can be summarised as follows. The EEC Treaty has established treaty-making capacity for the Community; agreements concluded on the basis of this capacity are binding on the Community institutions and on Member States (then Article 228(2) EEC Treaty; now Article 216(2) TFEU). Consequently, “it is incumbent upon the Community institutions, as well as upon the Member States, to ensure compliance with the obligations arising from such agreements”.¹⁸ The Court referred to its approach in *Haegeman* and held that it was for the Court, “within the framework of its jurisdiction in interpreting the provisions of agreements, to ensure their uniform application throughout the Community”.¹⁹ The various arguments invoked against the possibility of direct effect were rejected by the Court one by one. They related to the division of powers regarding the external relations of the Community, the question of—or, rather, the possible lack of—reciprocity governing the application of the free-trade agreements, the institutional structures and in particular the role of the “Joint Committee”, dispute settlement mechanisms and safeguard clauses set up by such agreements. Before reaching its finding on direct effect, the Court did recall an important principle: when negotiating an agreement, contracting parties are free to agree what effect an agreement should have in their respective domestic legal orders. It is only if this question has not been settled by the parties that courts, and in particular the Court

¹⁵ Para. 27.

¹⁶ Para. 26.

¹⁷ Case 104/81, [1982] ECR 3659.

¹⁸ Para. 11.

¹⁹ Paras 13–14.

of Justice, might be asked to provide an answer to this question. Then, the Court emphasised the need for the application of the *bona fide* rule which governs the responsibility of each contracting party towards the commitments undertaken. The Court's conclusion was therefore that neither the nature nor the structure of the Agreement with Portugal precluded its provisions from having direct effect, including Article 21(1) of the Agreement.

The impact of the Court's case-law from these formative years on the subsequent development of the interpretation of bilateral agreements has been extraordinary. The assimilation of bilateral agreements to "acts of one of the institutions of the Community" necessarily implied that the Court was to assume the leading role in the interpretation of these agreements, including on questions of direct effect. In the examination of possible direct effect of bilateral agreements, no different interpretative methodology was followed as compared to that applied to the basic Treaties and legislation based on these Treaties. Naturally, the wording of the provision of a bilateral agreement needed to be "clear and unconditional" and once this condition was satisfied, "the purpose and nature" of the agreement had to be examined. The examination of the bilateral agreement as such, through its purpose and nature, appeared the necessary and obvious step in the direct effect analysis of bilateral agreements, as had already been made clear in the leading cases on direct effect such as *Van Gend en Loos* and *International Fruit Company*. Moreover, the various rulings from the formative years had the interesting characteristic that they dealt with different types of bilateral agreements. The Court confirmed the direct effect not only of a provision of an association agreement but also of a bilateral trade agreement. At first sight, the pre-accession nature of the Association Agreement with Greece seemed in *Pabst & Richarz* to have had some significance in the direct effect examination—on closer consideration it remained unclear what precisely this impact had been—but a few months later, in *Kupferberg*, a provision of a "simple" bilateral trade agreement, totally disconnected from any accession perspective, was also interpreted as having direct effect.²⁰ It is interesting to note that this was precisely the reason why Advocate General Rozès, in her Opinion in this case, had rejected the idea of direct effect of the provision of the Agreement with Portugal.²¹

²⁰ It is also interesting to note that in the second and less well-known *Kupferberg* judgment of 15 January 1985, the Court of Justice applied its substantive law interpretation of Article 21(1) of the Agreement with Portugal to Article 3 of the 1970 Agreement between the EEC and Spain "since the wording of that Article is identical to that of the first paragraph of Article 21 of the Agreement with the Portuguese Republic and the subject-matter and scope of the two agreements are comparable", Case 253/83, [1985] ECR 157, para. 20. Clearly, it was not an obstacle for the Court that the bilateral agreement with Spain did not go so far as to establish a free trade regime for industrial products as did the Agreement with Portugal and that the Agreement with Spain was less strongly structured than that with Portugal.

²¹ See above note 17, p. 3675. In *Pabst & Richarz* she had accepted the direct effect of a provision of the Association Agreement with Greece because this agreement was "much more than a free trade agreement of the classical type" (See above note 14, p. 1359).

Finally, the rulings from the formative years already provide interesting indications of possible interactions between direct effect and substantive law interpretation. For example, in *Kupferberg*, notwithstanding the direct effect of Article 21(1) of the Agreement with Portugal, it was not yet totally certain that Kupferberg would be able to invoke that provision before a German court since the principle of non-discrimination regarding taxation in the Agreement applied to “like products”, and that was something which, on the basis of the substantive law interpretation of the Court of Justice, still needed to be sorted out further by the national court which had referred the question to the Court of Justice. In *Polydor v. Harlequin* the national court had asked a question about direct effect of a provision of the Agreement with Portugal, while the Court only provided a substantive law interpretation—with the result that answering the direct effect question simply became superfluous. In short, the case-law from the formative years, while definitely bringing bilateral agreements within the ambit of the direct effect phenomenon, nevertheless also made it clear that the question of direct effect of bilateral agreements still needed to be further refined and developed. In particular, more questions regarding the extent and limits of possible direct effect of bilateral agreements were to be expected, and subsequent rulings of the Court provide a wealth of illustrations of the often thin line between direct effect and substantive law interpretation.

3 Direct Effect of Bilateral Agreements After *Kupferberg*

The large majority of cases on the direct effect of bilateral agreements after *Kupferberg* relate to the application of the non-discrimination principle to nationals of the EU’s contracting party. The present contribution will concentrate on this case-law. Occasionally, questions on direct effect may also erupt in other matters²² but they are not examined here. As far as the direct effect of the non-discrimination principle in bilateral agreements is concerned virtually all questions related to one of the following types of agreements: the Cooperation Agreements

²² It is striking that all the judgments of the formative years related to trade. In the period after *Kupferberg* only a few judgments on the direct effect of bilateral agreements concern trade, see for example, Case C-162/96, *Racke* [1998] ECR I-3655, paras 29–36, where the Court concluded that by its wording Article 22(4) of the 1980 Cooperation Agreement between the EEC and Yugoslavia on the dismantling of customs duties on imports into the Community of wine of fresh grapes originating in Yugoslavia had direct effect; See also Case C-432/92, *Anastasiou* [1994] ECR I-3128, para. 25 where the Court accepted that the relevant rules in the 1977 Protocol with Cyprus concerning the rules of origin had direct effect. It is also worth noting that in a recent judgment the Court of Justice admitted the direct effect of certain provisions of the Air Transport Agreement with the United States of America (“Open Skies Agreement”), OJ, 2007, L 134/4, after having examined “the nature and the broad logic of the Open Skies Agreement” as well as the wording of the invoked provisions, see Case C-366/10, *Air Transport Association of America*, nyr, paras 79–100.

with the Maghreb countries, the Europe Agreements with the countries of Central and Eastern Europe and, above all, the Association Agreement with Turkey.

3.1 The Cooperation Agreements with the Maghreb Countries

On various occasions, the Court of Justice has been asked to interpret provisions of the bilateral cooperation agreements which have been concluded with the Maghreb countries. The *Kziber* judgment of 31 January 1991²³ was the first one in which the Court answered questions concerning direct effect, and it has remained a leading point of reference on the issue. This case arose after a request for a preliminary ruling from a Belgian court before which Ms. Kziber, a Moroccan national living in Belgium, whose father had been working in Belgium, had invoked Article 41(1) of the Cooperation Agreement with Morocco in order to obtain an unemployment allowance which the Belgian authorities had refused to grant. Article 40 of the Agreement with Morocco provided that each Member State was to grant to workers of Moroccan nationality employed in its territory treatment free from any discrimination based on nationality, as regards working conditions or remuneration. The application of the non-discrimination principle in the field of social security was not included in Article 40 but was incorporated in Article 41(1) stipulating that “[s]ubject to the provisions of the following paragraphs”, workers of Moroccan nationality and any members of their families living with them “shall enjoy, in the field of social security, treatment free from any discrimination based on nationality in relation to nationals of the Member States in which they are employed”. The subsequent paragraphs of Article 41 referred to aggregation of periods, grant of family benefits and transfer to Morocco of pensions and annuities. Article 42(1) of the Agreement stated that “[b]efore the end of the first year following entry into force of this Agreement, the Cooperation Council shall adopt provisions to implement the principles set out in Article 41”. According to the Court, the prohibition of discrimination in Article 41(1) was clear and unconditional and the fact that it had to be guaranteed within the limits of paragraphs 2, 3 and 4 of that Article could not be interpreted “as divesting the prohibition of discrimination of its unconditional character in respect of any other question which arises in the field of social security”.²⁴ With regard to the implementing measures of the Cooperation Council provided for in Article 42(1), the Court found that they could not be construed as calling into question the direct effect of Article 41(1). Certainly, Article 42 could, if necessary, be helpful for the implementation of the principle of aggregation, but “it may not be regarded as rendering conditional the immediate application of the principle of non-discrimination”.²⁵ The Court’s

²³ Case C-18/90, *Office national de l’emploi v Bahia Kziber* [1991] ECR I-199.

²⁴ Para. 18.

²⁵ Para. 19.

finding in favour of direct effect of Article 41(1) was not contradicted by the purpose and nature of the Agreement of which this provision formed part. The Agreement's objective was "to promote overall cooperation between the Contracting Parties, in particular in the field of labour". In addition, "[t]he fact that the Agreement is intended essentially to promote the economic development of Morocco and that it confines itself to instituting cooperation between the Parties without referring to Morocco's association with or future accession to the Communities is not such as to prevent certain of its provisions from being directly applicable".²⁶ However, such general statements by the Court about the objectives of a bilateral agreement do not say much in favour of or against direct effect, and in reality they appear neutral with regard to the direct effect analysis. Perhaps, by referring to the general objectives of an agreement, the Court above all wants to establish that there is nothing in the agreement creating an obstacle to the recognition of direct effect.

Be that as it may, from the point of view of the Member States, it is easy to understand the great sensitivity of the direct effect question raised in *Kziber*. When the European Community was negotiating the Agreement with Morocco, Member States had certainly never imagined that the non-discrimination clause in the field of social security could ever have direct effect, while the political and economic repercussions of accepting such effect are indeed extremely important.²⁷ Many Moroccan migrant workers and members of their families could potentially invoke a directly effective provision of the Agreement against alleged discriminatory treatment before a national court in the Member States. Because of these unforeseen and far-reaching implications it is not astonishing that sometimes Member States have tried to have the *Kziber* ruling reviewed. An interesting example of a failed attempt to achieve this is provided by the request of the German Government in the *Yousfi* case.²⁸ The Court found that the German Government had been unable to add any new convincing arguments for such a change to those already examined in *Kziber* and refused to revise the position it had adopted in that ruling. In another case, the Court also refused to limit the temporal effect of an application of the *Kziber* approach in a dispute concerning social security benefits for members of the family of a Moroccan worker. The Court held, in a judgment five years after the *Kziber* judgment, that overriding considerations of legal certainty for such a limitation were lacking. Consequently, the Court could not accept that possible financial consequences of its ruling could reasonably have given rise to uncertainty, "bearing in mind the consistent case-law since the judgment in *Kziber*".²⁹ Clearly, the Court does not have the intention to

²⁶ Para. 21.

²⁷ For example, after the *Kziber* judgment, Member States increasingly opposed the inclusion of "social security" within the scope of the non-discrimination clause in bilateral agreements, see Maresceau 2006, p. 282.

²⁸ Case C-58/93, [1994] ECR I-1353.

²⁹ Case C-126/95, *Hallouzi-Choho* [1996] ECR I-4807, para. 42.

review or limit the direct effect as proclaimed in *Kziber* and the almost routine nature of that direct effect confirmation has now to be taken for granted. This is also illustrated by the fact that, in some other cases, the Court has not hesitated to reiterate its *Kziber* position by way of *reasoned order*, such as in *Alami*³⁰ and *Echouikh*³¹: the answers to the question raised could be “clearly deduced from its existing case-law”.³² Finally, it must be noted that the *Kziber* judgment did not only have an impact on the situation of Moroccan workers and members of their family³³ but also generated similar direct effect questions in relation to the Cooperation Agreements with Algeria and Tunisia, since these agreements contained substantially the same non-discrimination provision as the one in the Agreement with Morocco. The subsequent replacement of the three Cooperation Agreements with the Maghreb countries by association agreements (Euro-Med Agreements) has not modified this situation. Logically, in judgments on the interpretation of the Agreements with Algeria and Tunisia, the Court confirmed the approach to direct effect followed in *Kziber*.³⁴

3.2 *The Agreements with the Countries of Central and Eastern Europe*

3.2.1 Europe Agreements

Association agreements were concluded with countries from Central and Eastern Europe after they had introduced political reforms and replaced their State-trading economies with market economies. These agreements, called “Europe Agreements”, have now all been replaced by accession treaties, but the various judgments on direct effect of the Europe Agreements continue to have an important analytical value and, moreover, they provide further insight into the Court’s thinking on the question of

³⁰ Case C-23/02, [2003] ECR I-1309, para. 22.

³¹ Case C-336/05, [2006] ECR I-5223, paras 39–42.

³² See above note 30, para. 20 and note 31, para. 34.

³³ For more examples of judgments of the Court applying the *Kziber* doctrine to other Moroccan workers and/or members of the family of the worker, see Case C-23/02, *Alami*, above note 30; Case C-126/95, *Hallouzie-Choho*, above note 29; Case C-58/93, *Yousfi*, above note 28; Case C-179/98, *Mesbah* [1999] ECR 7955; Case C-336/05, *Echouikh*, above note 31.

³⁴ See, in particular, Case C-103-94, *Krid* [1995] ECR I-719; Case C-113/97, *Babahenini* [1998] ECR I-183; Case C 97/05, *Gattoussi* [2006] ECR I-11917. In the *Gattoussi* [2006] ruling the Court observed that *a fortiori* the direct effect of the non-discrimination provision of the *Association Agreement* with Tunisia had to be confirmed since it contained substantially the same provision as the one already included in the *Cooperation Agreement* with Morocco (para. 27).

direct effect of bilateral agreements in general. All the judgments of the Court dealt with the non-discrimination provisions in these agreements, regarding workers legally employed in a Member State or regarding the right of establishment. The *Gloszczuk* ruling³⁵ was the first case concerning direct effect and can be seen as representative for the other cases.³⁶ After having recalled the *settled case-law* formula on direct effect with the well-known double-track approach, that is to say that the terms of the invoked provision of the agreement *and* the purpose and nature of the latter have to be examined, the Court—how could it be otherwise?—interpreted the non-discrimination clause in the Europe Agreement with Poland as having direct effect and, naturally, the examination of the purpose and nature of the Agreement did not invalidate that finding. One could reasonably expect that if the purpose of the Cooperation Agreement with Morocco already lent itself to direct effect, then *a fortiori* the objectives of the Association Agreement with Poland could in no way create an obstacle to such an effect. The Court recalled therefore the preamble of the Europe Agreement, and found that the purpose of the Agreement was “to establish an association designed to promote the expansion of trade and harmonious economic relations between the Parties, in order to foster dynamic economic development and prosperity in the Republic of Poland *with a view to facilitate its accession to the Community*”.³⁷ That was certainly a rapid—perhaps too rapid—interpretation of the special nature of this agreement. Europe Agreements signed before the June 1993 Conclusions of the Copenhagen European Council, such as the one with Poland, could hardly be considered to have been conceived with a view to facilitate accession. As a matter of fact, initially, Europe Agreements were for the European Community rather an alternative to pre-accession and nowhere was it mentioned in these agreements that they aimed at “facilitating accession”. It was only after the EU’s *unilateral* but fundamental political reorientation of its relationship with the countries of Central and Eastern Europe at the 1993 Copenhagen Summit that Europe Agreements started *de facto* to be used as vehicles for pre-accession. Another point raised in *Gloszczuk* concerned the fact that the Agreement was intended essentially to promote the economic development of Poland and therefore involved an imbalance in the obligations assumed by the Community towards that country. The Court found, in line with its previous judgments, that this could not create an obstacle to direct effect.³⁸ Finally, the provision of Article 58(1) of the Agreement stipulating that “nothing in this Agreement shall prevent the Parties from applying their laws and regulations regarding entry and stay, work, labour conditions and establishment of natural persons, and supply of services, provided that, in so doing, they do not apply them in a manner as to nullify or impair the benefits accruing to any Party under the terms of a specific provision of this Agreement” did

³⁵ Case C-63/99, [2001] ECR I-6369.

³⁶ See Case C-235/99, *Kondova* [2001] ECR I-6427; Case C-257/99, *Barcozi and Malik* [2001] ECR I-6557; Case C-268/99, *Jany* [2001] ECR I-8615; Case C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer* [2002] ECR I-1049; Case C-438/00, *Deutscher Handballbund* [2003] ECR I-4135; Case C-327/02, *Panayotova* [2004] ECR I-11055.

³⁷ See Case C-63/99, *Gloszczuk*, above note 35, para. 35, emphasis added.

³⁸ Para. 36.

not concern, according to the Court, the Member States' implementation of the provisions of the Association Agreement governing establishment. For the Court, and this was indeed the correct approach, Article 58(1) of the Agreement was not intended "to make implementation or the effects of the obligation of equal treatment laid down [in the Agreement] subject to the adoption of further national measures".³⁹ Subsequent questions to the Court on direct effect of the non-discrimination clauses in Europe Agreements all led to a confirmation of the reasoning applied in *Gloszczuk*.

3.2.2 The Partnership and Cooperation Agreement with Russia

In the *Simutenkov* case⁴⁰ the question arose whether a Russian professional football player could rely on the non-discrimination clause of the Partnership and Cooperation Agreement (PCA) with Russia which provided that "[s]ubject to the laws, conditions and procedures applicable in each Member State, the Community and its Member States shall ensure that the treatment accorded to Russian nationals, legally employed in the territory of a Member State shall be free from any discrimination based on nationality, as regards working conditions, remuneration or dismissal, as compared to its own nationals". *Simutenkov* held a residence and working permit in Spain but, because of his nationality, was discriminated against since, under the rules of the Spanish Football Federation, Spanish clubs could only field a limited number of players from non-EU countries. Referring to the *Gloszczuk* judgment, the Court ruled that the non-discrimination clause had direct effect: the wording of the obligation was clear and unconditional and the non-discrimination principle did not need any implementing measures.⁴¹ As the Court had already decided in *Pokrzepowicz*⁴² and *Deutscher Handballbund*⁴³ in relation to a similar provision in Europe Agreements, the words "[s]ubject to the laws, conditions and procedures applicable in each member State" featuring at the beginning of Article 23(1) of the PCA could not be construed as allowing Member States to apply discretionary limitations "which would have the effect of rendering the provision meaningless and thus depriving it of any practical effect".⁴⁴ With regard to the purpose and nature of the Agreement, the Court observed that the PCA was not an association agreement while, as mentioned before, in *Gloszczuk* the impression had been created that the nature of the Europe Agreement—which in the Court's opinion was to establish an association with a view of facilitating Poland's accession to the EU—had somehow been relevant in the examination there. In *Simutenkov* the Court recalled the general

³⁹ Para. 37.

⁴⁰ Case C-265/03, [2005] ECR I-2579.

⁴¹ Para. 23.

⁴² See above note 36.

⁴³ See above note 36.

⁴⁴ See Case C-265/03, *Simutenkov*, above note 40, para. 24.

objectives of the PCA which are *inter alia* to promote development of close political relations between the parties and to achieve gradual integration and wider cooperation with Russia. The fact that the PCA *only* establishes a partnership “without providing for an association or future accession of the Russian Federation to the Communities, is not such as to prevent certain of its provisions from having direct effect”.⁴⁵ Once again, it is difficult to understand in what way these statements contribute to creating a favourable atmosphere for direct effect, but in light of what the Court had already decided in relation to cooperation agreements with Maghreb countries, the end result of the Court’s reasoning on direct effect in *Simutenkov* is not at all astonishing and is therefore perhaps less innovative than might appear at first sight. Finally, it should also be noted that the Court’s ruling in *Simutenkov* entailed *horizontal direct effect* for the non-discrimination clause of the PCA with Russia.⁴⁶

3.3 *The Association Agreement with Turkey*

For an examination of the direct effect of bilateral agreements, the relations between the EU and Turkey occupy a very prominent place. The reason for this is that the various legal instruments governing that relationship, that is to say the 1963 Association Agreement, the 1970 Additional Protocol and the Decisions of the Association Council, have led to an unusually large number of judgments in which the Court has often addressed direct effect issues explicitly.⁴⁷ The Association Agreement with Turkey indeed easily holds the record for the most frequently invoked bilateral agreement before the Court.

The first ruling on the question of direct effect of the Association Agreement with Turkey was the well-known *Demirel* judgment of 30 September 1987.⁴⁸ In that case, the Court was asked whether Mrs Demirel, a Turkish national and wife of a Turkish worker, could, after her German visa had expired, invoke provisions of the 1963 EEC-Turkey Association Agreement and the 1970 Additional Protocol before a German Court. Article 12 of the Association Agreement states that the Contracting Parties “agree to be guided by Articles 48, 49 and 50 of the Treaty establishing the Community for the purpose of progressively securing freedom of movement of workers between them”. Article 36 of the Additional Protocol specifies the stages by which free movement of workers between the Member States and Turkey is to be secured and provides that the Association Council,

⁴⁵ Para. 28.

⁴⁶ In *Deutscher Handballbund*, the Court had already interpreted the comparable non-discrimination clause in the Europe Agreements as having horizontal direct effect, see above note 36, paras 31–37; with regard to horizontal direct effect of a similar non-discrimination clause in the Additional protocol with Turkey, see further note 59.

⁴⁷ At the time of writing there were approximately 50 judgments.

⁴⁸ Case 12/86, [1987] ECR 3719.

established through the Association Agreement, “shall decide on the rules necessary to that end”. However, the Association Council has failed to do so. Certainly, a number of decisions of the Association Council had considerably improved the status of Turkish workers legally employed in a Member State, as well as that of members of their family—the most important one being Decision N° 1/80—but in these decisions there was no provision on family reunification. The question therefore was whether Mrs Demirel could directly rely on Article 12 of the Association Agreement in her dispute with the German authorities.

Before entering into the direct effect examination, the Court had to respond to a fundamental challenge to its jurisdiction on a matter of principle brought forward by the German and UK Governments. For them, since the Association Agreement and Additional Protocol were mixed agreements, the Court’s interpretative function did not extend to those provisions of the Agreement which concerned the question of movement of workers. It could indeed reasonably be argued that it was precisely for this type of provision that the mixed format for the conclusion of the Agreement and the Protocol had been chosen. The Court, however, rejected the idea that the mixed character limited its jurisdiction: the Agreement with Turkey was “an association agreement creating special, privileged links with a non-Member country which must, at least, to a certain extent, take part in the Community system” and, according to the Court, association agreements “must necessarily empower the Community to guarantee commitments towards non-Member countries in all fields covered by the Treaty, since freedom of movement of workers is, by virtue of Article 48 et seq. of the EEC Treaty, one of the fields covered by that Treaty”.⁴⁹ Even though at the time the *Demirel* case arose it was a matter for the Member States to lay down the rules which were necessary to give effect in their territory to certain provisions of the Agreement or decisions of the Association Council, Member States, nevertheless, through the Agreement the Community had concluded with Turkey, had to fulfil within the Community system an obligation in relation to the Community, which has assumed responsibility for the due performance of the Agreement. Member States are not obliged to include in agreements concluded by the EU with other parties areas which are within their competence but, if they do, they necessarily have to accept the implications of this action, such as the jurisdiction of the Court of Justice to interpret the provisions of these agreements, including those for which precisely the mixed formula had been followed.

In the *Demirel* judgment, the Court formulated, in relation to the Agreement with Turkey, the direct effect conditions in general terms. As already mentioned, this meant that the wording of the provision must be clear and unconditional while regard must be had to the nature and purpose of the agreement itself.⁵⁰ In subsequent judgments, the Court refers to this “two-step methodology” as “settled case-law” or “consistent case-law”. If the need is felt by the Court to do so, in

⁴⁹ Para. 9.

⁵⁰ Para. 14.

particular because of the complexity of the case, the “settled case-law” formulation may be explicitly recalled, as was recently done, for example, in the *Akdas* judgment of 26 May 2011.⁵¹ Coming back to *Demirel*, the Court observed that the Association Agreement with Turkey “is characterised by the fact that, in general, it sets out the aims of the association and lays down guidelines for the attainment of those aims *without establishing the detailed rules for doing so*”.⁵² Only in respect of certain specific matters did the Association Agreement provide for detailed rules. In order to achieve the aims of the association, an important task was assigned to the Association Council. The Court then interpreted both Article 12 of the Association Agreement and Article 36 of the Additional Protocol as provisions which “essentially serve to set out a programme and are not sufficiently precise and unconditional to be capable of governing directly movement of workers”.⁵³ The Court’s conclusion that the two provisions lacked direct effect was essentially based on the wording of these provisions *and* on the fact that the indispensable implementing decisions of the Association Council had not been taken, but nowhere did it result from the *Demirel* ruling that the Court had reached this conclusion on the basis of the analysis of the purpose and nature of the Association Agreement itself. This also meant that the *Demirel* reasoning should not be confused with that followed in *International Fruit Company*.⁵⁴ The *Savas* ruling of 11 May 2000⁵⁵ would make this perfectly clear. This case concerned *inter alia* Article 41(1) of the Additional Protocol, which provides that “the Contracting Parties shall refrain from introducing between themselves any new restrictions on the freedom of establishment and the freedom to provide services”.⁵⁶ In the past similar standstill clauses had already been accorded direct effect in an intra-Community context.⁵⁷ Article 41(1) of the Additional Protocol was, to use the Court’s words, clear, precise, unconditional, and the Court even added, “unequivocal”. The direct effect of this prohibition was not contradicted by the purpose and nature of the 1963 Association Agreement on which the 1970

⁵¹ Case C-485/07, *Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen v. Akdas*, nyr.

⁵² Case 12/86, *Demirel*, above note 48, para. 16, emphasis added.

⁵³ Para. 23.

⁵⁴ See above note 8.

⁵⁵ In *Savas* the question had also arisen whether direct effect could be granted to Article 13 of the Association Agreement which provides that the Contracting Parties “agree to be guided” by the (then) Articles 52–56 and Article 58 of the EEC Treaty for the purpose of abolishing restrictions on freedom of establishment. Since the formulation of Article 13 was similar to that of Article 12 (“agree to be guided”) the Court could easily, by invoking the reasoning already followed in *Demirel*, conclude that this provision lacked direct effect (para. 45).

⁵⁶ Case C-37/98 [2000] ECR I-2927.

⁵⁷ See for example for the right of establishment already Case 6/64, *Costa v. Enel* [1964] ECR 1251.

Additional Protocol was based and of which it formed part. In the Court's view, the purpose of that agreement was "to establish an association designed to promote the development of trade and economic relations between the contracting parties, including, in the area of self-employment, the progressive abolition of restrictions on freedom of establishment, so as to improve the living conditions of the Turkish people and facilitate the accession of the Republic of Turkey to the Community at a later date".⁵⁸ The Court also found, in line with its findings in other judgments, that the "imbalance of obligations" assumed by the Community towards Turkey did not constitute an obstacle to direct effect. Certainly, at first sight, it is noteworthy that the Court explicitly refers to the pre-accession nature of the Association Agreement with Turkey but, also here, in the end, this reference does not appear to have had any additional weight in the final outcome of the Court's reasoning and the Court could, no doubt, easily have come to the same conclusion had the Association Agreement not been a pre-accession agreement. In *Real Sociedad de Fútbol* the Court confirmed the direct effect of Article 37 of the Additional Protocol providing for non-discrimination of Turkish workers employed in the Community as regards conditions of work and remuneration. The Court observed that this wording was "essentially the same" as that of the equivalent provision in the Europe Agreements and the PCA with Russia. The Court reiterated its view that the purpose of the Association Agreement with Turkey was to promote the development of trade and economic relations, "including the progressive achievement of freedom of movement of workers".⁵⁹

Perhaps a more innovative step in the conceptual development of direct effect in the relations between the EU and Turkey stems from the *Sevince* judgment of 20 September 1990⁶⁰ confirming the direct effect of Article 6(1) of Decision N° 1/80 of the Association Council. The Court found that provisions of decisions of the Association Council could have direct effect, on condition that these provisions were themselves clear and unconditional; it thus appeared that the Court's ruling in *Demirel*, as explained earlier, did not constitute an obstacle for this finding. The granting of direct effect to provisions of decisions of the Association Council, in particular of Decision N° 1/80, has had an immense effect on the position of many Turkish workers and their families in the EU Member States⁶¹ and has led

⁵⁸ See above note 56, para. 52, emphasis added.

⁵⁹ Case C-152/08, *Nihat Kahveci* [2008] ECR I-1691, para. 30. It is also interesting to note that the Court gave its decision in this case by reasoned order, since the Court's answer could be clearly deduced from existing case-law.

⁶⁰ Case C-192/89, [1990] ECR I-3461.

⁶¹ For members of the family of the worker, see in particular Article 7 of Decision N° 1/80.

to a continuous stream of new requests for preliminary rulings, further refining the direct effect concept and its interaction with substantive law interpretation.⁶² Furthermore, the non-discrimination clause contained in Article 3(1) of Decision N° 3/80 of the Association Council regarding the application of social security schemes for Turkish workers and members of their families has been accorded direct effect, and has led to additional substantive law clarifications.⁶³

4 Interaction Between Direct Effect and Substantive Law Interpretation

When interpreting provisions of bilateral agreements, the direct effect phenomenon cannot be dissociated from the interpretation of substantive law. Recognition of direct effect can trigger a stream of substantive law questions in order to determine the precise size, scope and intensity of direct effect. For example, the acknowledgement by the Court of direct effect of standstill clauses in the Additional Protocol with Turkey, and, above all, of provisions of decisions of the EEC-Turkey Association Council, has generated numerous requests to refine the substantive scope of the relevant provisions. Furthermore, substantive law interpretation of a provision of a bilateral agreement, even without explicitly addressing the direct effect issue, may nevertheless imply that an individual can rely on the interpretation given if that interpretation is relevant to determine the position of the individual before a national court. To the extent the interpretation of the substantive law provision can be relied upon by the individual, there is room for direct effect, even if the interpretation given is not expressed in terms of direct effect. Conversely, if a substantive law interpretation of a provision of an agreement by the Court implies that the individual cannot rely on the interpreted provision before a national court because the substantive scope of the provision in question does not cover the situation of the individual, the provision may then well have direct effect but will not be very helpful for solving the dispute. Recent case-law

⁶² See among the various judgments on Article 6 and 7 of Decision N° 1/80, Case C-237/91, *Kus* [1992] ECR I-6781; Case C-355/93, *Eroglu* [1994] ECR I-5113; Case C-171/95, *Tetik* [1997] ECR I-329; Case C-36/96, *Günaydin* [1997] ECR I-5143; Case C-1/97, *Birden* [1998] ECR I-7747; Case C-210/97, *Akman* [1998] ECR I-7519; Case C-329/97, *Ergat* [2000] ECR I-1487; Case C-340/97, *Nazli* [2000] ECR I-957; Case C-188/00, *Kurz* [2002] ECR I-10691; Case C-171/01, *Wählergruppe* [2003] ECR I-4301; Case C-374/03, *Gürol* [2005] I-6199; Case C-467/02, *Cetinkaya* [2004] ECR I-10895; C-502/04, *Torun*, [2006] ECR I-1563; Case C-4/05, *Güzeli* [2006] ECR I-10279; Case C-325/05, *Derin* [2007] ECR I-6495; Case C-337/07, *Altun* [2008] ECR I-10323; Case C-453/07, *Er* [2008] ECR I-7299; Case C-484/07, *Pehlivan*, nyr; Case C-303/08, *Bozkurt*, nyr; Case C-462/08, *Bekleyen* [2010] ECR I-563; Case C-14/09, *Genc* [2010] ECR I-931; Case C-187/10, *Unal*, nyr.

⁶³ See Case C-277/94, *Taflan-Met* [1996] ECR I-4085; Case C-102/98, *Kocak* [2002] ECR I-1287; Case C-63/99, *Sürül* [2001] ECR I-6369; Case C-373/02, *Öztiürk* [2004] ECR I-3605; Case C-485/07, *Akdas*, nyr.

provides interesting examples of this last phenomenon. In *Hengartner and Gasser*⁶⁴ the Court came to the conclusion that the Agreement on free movement of persons with Switzerland did not contain provisions on non-discrimination in connection with the application of fiscal provisions on commercial transactions related to the provision of services. The Swiss Confederation had not joined the internal market, as a consequence of its rejection of the European Economic Area (EEA), and it only applied internal market rules in a fragmentary way. Therefore, the Court rightly concluded that it was impossible to apply an internal market-oriented interpretation of the Agreement on free movement of persons. As a result, *Hengartner and Gasser* could not invoke the provision of the Agreement before an Austrian court, even if it had direct effect as such.

When interpreting the meaning of a provision of a bilateral agreement, different scenarios are possible. If a concept included in such an agreement is identical, similar or comparable to that of a provision of one of the (EC/EU) Treaties, can the interpretation of the concept in the Treaties be transposed to the concept in the provision of the bilateral agreement? This is a question which has arisen fairly frequently before the Court and as a rule the Court is only prepared to extend its internal EU interpretation after an examination of the aims and context of the invoked agreement. For the Court, it is *settled case-law* “[that] a mere similarity in the wording of a provision of one of the Treaties establishing the Communities and of an international agreement between the Community and a non-member country is not sufficient to give to the wording of that agreement the same meaning as it has in the Treaties”.⁶⁵ That said, commentators have noted in the Court’s case-law a growing readiness to interpret provisions of agreements concluded with third States in the same way as corresponding provisions in the EC/EU Treaties.⁶⁶ For example, with regard to the Europe Agreements and in particular the prohibition of discrimination of workers from the associated country legally employed in the territory of a Member State, it was necessary to examine the aim pursued by the provision in its own particular context. This was done by making a comparison between the objectives and context of the Europe Agreements and those of the EC Treaty. The application of this methodology led the Court to conclude that the meaning of the equal treatment clause in Europe Agreements regarding nationals from the associated countries legally employed in the territory of a Member State as regards working conditions, remuneration or dismissal could be determined on

⁶⁴ Case C-70/09, nyr; for other judgments on the Agreement on free movement of persons with Switzerland, see Case C-351/08, *Grimme* [2009] ECR I-10777; Case C-541/08, *Fokus Invest* [2010] ECR I-1025. For a similar application in another context (compatibility with non-discrimination clause in the Europe Agreement with Bulgaria of an Austrian nationality requirement for inclusion on the list of trainee lawyers), see Case C-101/10, *Gentcho Pavlov*, nyr; for an “old” example, see *Polydor v. Harlequin*, above note 12.

⁶⁵ See Case C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer*, above note 36, para. 32 and Case C-63/99, *Gloszczuk*, above note 35, para. 48; also already in the formative years Case 270/80, *Polydor v. Harlequin*, above note 12, paras 14–21; Case 104/81, *Kupferberg*, above note 17, paras 29–31.

⁶⁶ See, for example, Jacobs 2008, p. 23.

the basis of the interpretation of the relevant provisions of the EC Treaty. The wording and aims of the equal treatment clause in the Europe Agreement were similar to those of the EC Treaty and the fact that Europe Agreements did not intend to achieve free movement of workers while this was one of the main objectives of the EC Treaty did not, according to the Court, prevent the interpretation by analogy. Consequently, there was no ground for giving the non-discrimination clause in the Europe Agreements regarding the concepts “working conditions, remuneration or dismissal” a different meaning from that which the Court has recognised for the relevant provisions of the EC Treaty.⁶⁷ Furthermore, the Court added that the aim of the Europe Agreement was “to create an appropriate framework for the progressive integration [of the associated country] into the Community”.⁶⁸ In other rulings concerning Europe Agreements, the Court examined whether the substantive scope of the direct effect of the rule of equal treatment in the area of the right of establishment was equivalent to that in (what was then) Article 52 of the Treaty. In this respect, the Court admitted that the right to the same treatment as nationals as regards establishment also meant for nationals of the associated countries “rights of entry and residence, as corollaries of the right of establishment”.⁶⁹ However, it was necessary to examine the objectives and context of the Europe Agreements in order to determine the precise content of these corollaries of the right of establishment. The Court concluded that Europe Agreements were “designed simply to create an appropriate framework for the [associated country]’s gradual integration into the Community, with a view of possible accession, whereas the purpose of the Treaty is to create an internal market, the establishment of which involves the abolition, as between Member States, of obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital”. Therefore, it followed from the wording of the provision on equal treatment regarding right of establishment in the Europe Agreements that “the rights of entry and residence ... as corollaries of the right of establishment are not absolute privileges” and that their use might be limited by the rules of the host Member States concerning entry, stay and establishment of non-EU nationals in their territory. This led the Court to conclude that Member States were entitled to apply a system of prior control in order to examine whether an applicant for a residence “genuinely intends to take up an activity as a self-employed person without at the same time entering into employment or having recourse to public funds”.⁷⁰

The *Simutenkov* judgment is equally interesting for the interpretation of the substantive law meaning of the non-discrimination provision in the PCA with Russia. After having established the direct effect of the non-discrimination clause, its substantive scope needed to be determined. The wording of that provision was,

⁶⁷ For other applications, see, for example, Case C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer*, above note 36, paras 31–45; Case C-438/00, *Deutscher Handballbund*, paras 34–37 and 42–58, above note 36.

⁶⁸ C-162/00, *Pokrzepowicz-Meyer*, above note 36, para. 42.

⁶⁹ Case C-235-99, *Kondova*, above note 36, para. 50.

⁷⁰ Para. 91.

according to the Court, “very similar” to that in the Europe Agreements and the only slight difference in formulation of the non-discrimination principle did not affect the “clear, precise and unconditional” nature of the provision. Then the Court turned to the purpose of the PCA. The PCA, as proclaimed in its Article 1, aimed to bring about “the gradual integration between Russia and a wider area of cooperation in Europe”. The fact that the PCA was not an association agreement by no means implied that the prohibition of discrimination based on nationality, as regards working conditions, needed to be given “any meaning other than that which follows from the ordinary sense of those words”.⁷¹ The scope of the non-discrimination clause had therefore the same content as that given in *Deutscher Handballbund*, which in turn had followed the Court’s interpretation in *Bosman* and which in reality amounted to an interpretation similar to that given in an intra-EU context. The objectives of the PCA could not lead to a different treatment of the non-discrimination clause with regard to working conditions from the treatment of the same clause in the Europe Agreements. Comparative analysis of bilateral agreements may thus prove very helpful in determining the substantive scope of provisions of bilateral agreements which have direct effect, and sometimes such an exercise may also contribute to clarifying the limits of this substantive scope—as was made clear in *El Yassini*.⁷² In this case the Court compared the non-discrimination principle in the EEC-Turkey Agreement with that in the Cooperation Agreement with Morocco. Although formulated in similar terms, the Court found that they did not have an identical content and meaning. The Court emphasised the different objectives of the two agreements: the Agreement with Turkey provided for the possibility of accession to the Community, while the Agreement with Morocco remained silent on this matter; certain aspects of the Agreement with Turkey had been implemented through decisions of the EEC-Turkey Association Council, in particular by granting certain rights to Turkish workers legally employed in a Member State of the Community, something which the EEC-Morocco Cooperation Council had not done. The consequence of these differences was that the Court’s interpretation regarding Turkish workers legally employed in a Member State could not be transposed to EEC-Morocco relations.

The interpretation of concepts used in bilateral agreements by means of analogy with identical or similar concepts as they appear in an intra-EU law context can go very far, as is again demonstrated by the *Kziber* judgment.⁷³ The concept of “social security”, as it appeared in Article 41(1) of the Agreement with Morocco had, according to the Court, to be approached like the identical concept in Regulation N° 1408/71. However, the Court’s explanation as to why this had to be so is scanty. The fact that, contrary to Regulation N° 1408/71, Article 41(2) of the Agreement did not explicitly mention “unemployment benefits” as part of the concept of social security was, “in the absence of any clearly manifested intention

⁷¹ Case C-265/03, *Simutenkov*, above note 40, para. 36.

⁷² Case C-416/98, [1999] ECR I-1209.

⁷³ See on this point Kaddous 1998, pp. 341–342.

on the part of the Contracting Parties”, not a problem for the Court.⁷⁴ The Court came to this conclusion notwithstanding the fact that Advocate General Van Gerven, who had accepted the direct effect of the non-discrimination clause, had excluded the unemployment benefit in question from the substantive scope of Article 41(1) of the Agreement. The Advocate General’s view was that the Court’s “broad interpretation” of the concepts “social security” and “worker” had been given “within the meaning of Article 48 of the EEC Treaty”,⁷⁵ in other words within the context of the principle of free movement of workers, something which was, of course, totally absent from the Cooperation Agreement with Morocco. What seems determinant in the Court’s approach is that in the bilateral agreement there was no indication whatsoever that the contracting parties wanted to restrict the meaning of the concept of social security.

Without a doubt, the Association Agreement EEC-Turkey deserves the trophy for the agreement with the most intensive interaction between direct effect and substantive law interpretation. This brief contribution can only in a very discrete way lift a corner of the veil of this extremely rich and fascinating case-law. In the *Abatay* judgment⁷⁶ the Court applied the reasoning followed in *Savas* with regard to the right of establishment to the freedom to provide services; and in *Soysal and Savatli*⁷⁷ the Court reiterated that, while the standstill clause of Article 41(1) of the Additional Protocol was not, in itself, “capable of conferring on Turkish nationals—on the basis of Community legislation alone—a right of establishment or, as a corollary, a right of residence, nor a right to freedom to provide services or to enter a territory, of a Member State”, the fact remained that it precluded the introduction, after the date of entry into force of the Additional Protocol, of national legislation which had the effect of subjecting the exercise of economic freedoms guaranteed by the association to stricter conditions.⁷⁸ Logically, therefore, the requirement of a visa to enter the territory of a Member State in order to benefit from the right of establishment or to provide services, where such a visa was not required before that date, was incompatible with Article 41(1). This substantive interpretation coupled to direct effect has proved to be a particularly effective means of judicial protection for Turkish nationals enjoying rights from the Association Agreement.

Also revealing is the Court’s wide application of the “so far as possible” reasoning to Turkish nationals who enjoy rights under the EEC-Turkey Association Agreement or other legal instruments based on that agreement. This reasoning means that the Court attempts to interpret the meaning of provisions contained in these bilateral legal instruments and those contained in the Treaties and secondary

⁷⁴ See Case C-18/90, *Kziber*, above note 23, para. 26.

⁷⁵ See Case C-18/90, *Kziber*, above note 23, p. 220.

⁷⁶ Case C-317/01, [2003] ECR I-12301.

⁷⁷ Case C-228/06, [2009] ECR I-1031, para. 47; see also Case C-16/05, *Tum and Dari* [2007] ECR I-7415, para. 61.

⁷⁸ For a recent application of this interpretation, see Case C-256/11, *Murat Dereci*, nyr, paras 80–91.

legislation based on these Treaties as much as possible in a similar manner. This “assimilation” has *explicitly* been recalled in many judgments and only a few examples can be given here. In *Abatay*, the Court held that “from the wording of Article 14 of the Association Agreement, as well as from the objective of the EEC-Turkey Association, [...] the principles enshrined in Article 55 of the EC Treaty (now Article 45 EC) and 56 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 46 EC), and in the provisions of the Treaty relating to the freedom to provide services, must be extended, *so far as possible*, to Turkish nationals to eliminate restrictions on the freedom to provide services between the contracting parties.”⁷⁹ In other judgments, the Court applied the “so far as possible” approach, for example, with regard to the interpretation of concepts such as “legal employment”,⁸⁰ “worker”,⁸¹ “member of the family of the worker”⁸² but also regarding “the scope of the public policy exception”.⁸³ However, the application of the “so far as possible” reasoning has its limits, as has recently been made clear in the *Ziebell* judgment.⁸⁴ Here the question arose whether a Turkish national who enjoys rights under the EEC-Turkey Association could rely on a provision of Directive 2004/38 on the right of EU citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States in order to protect himself from expulsion from Germany. The Court rejected the “by analogy reasoning” because of the fundamental differences “not only in their wording but also in their object and purpose between the rules relating to the EEC-Turkey Association and the European Union law concerning citizenship”. It can indeed easily be understood why the enhanced protection against expulsion of union citizen and members of their family from a member state of the union—based on the concept of *Union Citizenship*—provided for in Directive 2004/38 cannot serve as a source of inspiration for non-EU citizens. Nevertheless, other aspects of the Court’s reasoning in *Ziebell* are not immune to criticism. Although there was no compelling need to do so—the origin and scope of Directive 2004/38 was in itself sufficiently clear—the Court provided an additional reflection on the object and purpose of the Association Agreement with Turkey. Notwithstanding the fact that this Agreement was one of the rare “genuine pre-accession agreements” concluded by the Community with a third State, the Court held that “the EEC-Turkey Association

⁷⁹ See Case C-317/01, above note 76, para. 112, emphasis added.

⁸⁰ See, for example, Case C-188/00, *Kurz* [2002] ECR I-10691, paras 48–61; Case C-1/97, *Birden*, above note 62, paras 55/69.

⁸¹ See, for example, Case C-1/97, *Birden*, above note 62, paras 23–32; Case C-188/00, *Kurz*, above previous note, paras 30–36; Case C-14/09, *Genc* [2010] ECR I-931, paras 17–20.

⁸² See, for example, Case C-275/02, *Ayaz* [2004] ECR I-8765, paras 38–48; Case C-351/95, *Kadiman* [1997] ECR I-2133, para. 30; Case C—317/01, *Abatay*, above note 76, para. 112.

⁸³ See for example Case C-340/97, *Nazli*, above note 62, paras 55–64; Case C-136/03, *Dörr* [2005] ECR I-4759, paras 62–69; Case C-349/06, *Polat* [2007] ECR I-8167, paras 29–39.

⁸⁴ See above note 2; for another example of a limitation of the substantive scope of a provision of Decision 1/80 of the Association Council, see Case C-434/93, *Ahmet Bozkurt* [1995] ECR I-1475 precluding the application of the reasoning by analogy.

pursues solely a purely economic objective”.⁸⁵ The least one can say about this assertion is that it demonstrates a rather one-sided reading of the object of this agreement, which in its preamble refers to “the ever closer bonds” to be established “between the Turkish people and the peoples brought together in the European Economic Community” and where, moreover, the Contracting Parties explicitly recognise that the Agreement “will facilitate the accession of Turkey to the Community at a later date”. If the Court, with the reference to the “purely economic objective” of the Agreement, intended to express the idea that, in 1963, the EEC Treaty was essentially, as its title indicates, an economic treaty and that, consequently, at the moment of signing the Association Agreement, only economic objectives were pursued, it could have made this clear. In any event, even such an interpretation is not without criticism since the EEC Treaty already created something which went further than purely economic bonds. Finally, also the internal evolution of the EEC to EC and later EU is something which has not led to demands to Turkey by the EC/EU to reorient or review the Ankara Agreement. That said, the end result of the Court’s reasoning in *Ziebell* is correct. It is perhaps useful to quote in this respect the very pertinent remarks of Advocate General Mengozzi in *Gentcho Pavlov* who, not in the context of the Association Agreement with Turkey but concerning the substantive scope of the non-discrimination principle in the Europe Agreement with Bulgaria, said the following: “The Court has often been generous in its interpretation of the Association Agreements and sometimes even partnership agreements. But one way or another, the assimilation advocated by the Court between the scope of the provisions contained in the various international agreements of the Community and those contained in the Treaty always found an element of connection in the text of the agreement concerned”. The Advocate General was also forced to recognise that he was experiencing in the Europe Agreement with Bulgaria “the inherent limits to the principle of the association of the European Union with a non-Member country which, although intended to pave the way for accession, manifestly does not provide so comprehensive and complete a protection as that afforded by the treaties establishing the Union”.⁸⁶

5 Conclusion

What lessons can be drawn from this prolific case-law on direct effect of bilateral Agreements? First, in the formative years, the Court of Justice was not only able to establish a solid basis for its jurisdiction but it also already found the main ingredients for a coherent direct effect doctrine in relation to bilateral agreements. Of course, in this early phase, it is far from certain that this was part of a pre-

⁸⁵ Case C-371/08, above note 2, para. 72.

⁸⁶ Opinion Case C-101/10, nyr, para. 64.

conceived judicial strategy. However, slowly but surely, the Court managed to outline the main pieces of the direct effect jigsaw puzzle and to fill them in properly. Today, the end result is remarkable, even if some Member States have shown increasing nervousness and sometimes even total incomprehension towards certain aspects of this case-law. Their feelings and reactions are easy to understand since, as this contribution has made clear, the Court's case-law on direct effect of bilateral agreements penetrates some of the most sensitive areas of national policy.

Regarding the Court's methodology, it is important to note that, contrary to what has happened with certain multilateral agreements, in particular GATT and WTO, "the purpose and nature" of the bilateral agreement has not once formed an obstacle on the road towards direct effect. Bilateral association agreements, partnership and cooperation agreements, cooperation agreements, and trade agreements have all been subject to focused direct effect examination and whatever the purpose and nature of these agreements might have been, this has not prevented the Court from accepting direct effect, on condition, of course, that the provisions invoked are clear and unconditional. That being so, the question naturally arises as to the ultimate aim of referring to the purpose and nature of a bilateral agreement in a direct effect examination. Former Advocate General Francis Jacobs, after a thorough examination of the Court's practice, does not hesitate to qualify this reference as "little more than a ritual refrain in which an agreement of almost any nature could be said nevertheless to be capable of having direct effect" and he even wonders whether this is "any longer meaningful on the issue of direct effect".⁸⁷ Of course, if the agreement were to contain a formulation in its preamble or in its provisions excluding direct effect, then the Court should not ignore such a message and indeed, if the EU and/or its Member States are radically opposed to direct effect, then they might consider putting this on the negotiation agenda with the other party, and making clear that no direct effect can be granted, something which so far seems only very sporadically to have been done in the EU's bilateral practice. The recent Free Trade Agreement with

⁸⁷ Jacobs 2008, p. 32, he suggests that the reference to purpose and nature of an agreement "is perhaps a relic of an earlier period in which the Court was more cautious, and placed more emphasis on the category of agreement in question"; see also Jacobs 2011, p. 536.

⁸⁸ For the text of the FTA with Korea, see OJ, 2011, L 127/6. In the Agreement with Korea there is a detailed dispute settlement mechanism; objectives to ensure parallelism with WTO commitments may explain the limitations on direct effect, see the various interpretations provided by the Contracting Parties making clear that certain Schedules or Lists of Commitments of the Agreement do not have direct effect, in particular, the Attachment on Adult education services (Attachment II, point 9), Annexes on specific commitments in services sectors (Explanatory Notes, point 9), Reservations regarding cross-border supply of services (point 6), establishment (point 6), key personnel and graduate trainees and business service sellers (point 9) which all explicitly state that "[t]he rights and obligations arising from this Schedule [or 'the list below'] shall have no self-executing effect and thus confer no rights directly on natural or juridical persons". The text of the Trade Agreement with Colombia and Peru was finalised on 13 April 2011 and is not yet formally published. Although not categorically rejecting direct effect of the Agreement in principle, Article 336 on Rights and obligations under this Agreement seems to suggest "caution" on this matter and states that "[n]othing in this Agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons, other than those created between the Parties under public international law".

Korea and the Trade Agreement with Colombia and Peru⁸⁸ provide the first examples and this new practice may in the future perhaps inspire other bilateral agreements, particularly those establishing free trade areas.

Finally, the interaction between direct effect and substantive law interpretation has been particularly fertile in the case of interpreting bilateral agreements. Here, “the purpose and nature” examination can be crucial to define the precise substantive scope of provisions in an agreement. Needless to say, an increasing openness towards direct effect also leads to an increasing potential for substantive law interpretation. The present contribution has provided illustrations of this potential as well as some of its limits.

References

- Adam S (2011) *La procédure d’avis devant la Cour de justice de l’Union européenne*. Bruylant, Brussels
- Jacobs F (2008) Direct effect and interpretation of international agreements in the recent case-law of the European Court of Justice. In: Dashwood A, Maresceau M (eds) *Law and practice of EU external relations. Salient features of a changing landscape*. Cambridge University Press, Cambridge, pp 13–33
- Jacobs F (2011) The internal legal effects of the EU’s international agreements and the protection of individual rights. In: Arnull A, Barnard C, Dougan M, Spaventa E (eds) *A constitutional order of States? Essays in EU Law in honour of Alan Dashwood*. Hart Publishing, Oxford, pp 529–543
- Kaddous C (1998) *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*. Dossier de droit européen, Basel 6:551
- Maresceau M (2006) Bilateral agreements concluded by the European Community. *Recueil des cours de l’Académie de droit international*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol 309. Martinus Nyhoff publishers, Leiden-Boston, pp 127–451

Une vue outre-atlantique de la Cour et de sa jurisprudence

George A. Bermann

Résumé Le présent article est destiné à fournir une vue de la Cour de justice de l'Union européenne de l'autre côté de l'Atlantique. Sans aspirer à l'exhaustivité de ce sujet vaste, il procède à une comparaison des principales caractéristiques de la Cour de justice et de la Cour suprême des États-Unis afin de donner au lecteur une idée générale sur la perception de la Cour de justice par les juristes américains. L'accent est mis, d'une part, sur les éléments institutionnels et le rôle de chaque Cour au sein de son propre ordre juridique, et, d'autre part, sur l'apport de leurs jurisprudences respectives dans le développement de l'intégration juridique et politique.

Il n'y a aucune institution juridictionnelle dans le monde qui ait attiré une plus grande attention aux États-Unis que la Cour de justice de l'Union européenne.¹ Cette constatation ne devrait susciter aucune surprise. Dans la présente contribution à cette célébration du 60^{ème} anniversaire de la Cour, je voudrais évoquer les aspects de la Cour et de son travail qui ont soulevé ce fort intérêt parmi les observateurs américains. Mes idées peuvent être résumées ainsi: dans la Cour de justice, le juriste américain voit une institution qui est à la fois "a younger sibling" et "a distant relative" de la Cour Suprême des États-Unis. La Cour de justice partage avec la Cour Suprême la mission commune de sauvegarder l'intégrité juridique du système de droit dont elle constitue la plus haute juridiction. Mais les deux Cours exercent leurs fonctions de façons distinctes. Les différences traduisent

Professeur affilié, Ecole de droit, Institut des sciences politiques (Sciences po) (Paris).

¹ Cappelletti et al. 1986; Stein 1981; Bermann 1994.

G. A. Bermann (✉)
European Union Law, Columbia Law School, New York, USA
e-mail: gbermann@law.columbia.edu

non seulement les différentes cultures juridiques dans lesquelles elles font leur travail, mais aussi le fait que la Cour de justice, contrairement à la Cour Suprême, fait preuve d'un attachement, tout à fait compréhensible, aux objectifs d'un projet fondamentaux bien déterminé, en l'occurrence "le projet européen."

1 Une force d'intégration

A commencer par l'institution elle-même, la Cour de justice, comme la Cour Suprême, a joué un rôle fondamental dans la construction de l'entité à laquelle elle appartient. Il est aussi difficile d'imaginer l'Union européenne, comme elle est, sans l'apport de la Cour de justice que d'imaginer les Etats-Unis, comme ils sont, sans l'apport de la Cour Suprême. Les deux juridictions ont adopté une forte politique d'intégration juridique et elles ont su la légitimer parmi des Etats constituants et parmi des citoyens qui n'étaient pas, à l'origine, entièrement prêts à se rallier à un tel projet juridictionnel.² Dans les deux cas, la résistance, telle qu'elle était, émanait à l'origine principalement des intérêts étatiques et locaux dont le pouvoir et l'influence risquaient d'être fortement réduits en conséquence.³

Bien que la Cour de justice et la Cour Suprême se situent, d'une manière générale, pareillement vis-à-vis des Etats membres qui composent respectivement l'Union européenne et les Etats-Unis, la Cour Suprême se trouve en sus l'objet de fortes critiques qui émanent d'autres sources d'opposition – sources dont la Cour de justice n'est pas, ou au moins pas encore, la cible. La jurisprudence de la Cour Suprême se trouve en effet contestée par deux autres grandes catégories d'acteurs: d'une part, les autres branches du gouvernement au niveau fédéral qui voient dans la Cour Suprême une vraie menace au principe de la séparation des pouvoirs; et d'autre part, les intérêts sociaux, économiques ou politiques qui se sentent défavorisés, à un moment ou à un autre, par la position adoptée par une majorité de la Cour.

2 Une justice moins personnalisée

Cette dernière remarque m'amène à un tout autre point de comparaison entre les deux cours. La Cour Suprême a consciemment adopté un certain nombre de pratiques qui contribuent d'une manière importante à la visibilité politique de son rôle et, en conséquence, aux critiques politiques dont elle a été l'objet. Il s'agit de pratiques que la Cour de justice n'a pas suivies, non moins consciemment. Aux

² Born 2011, pp. 777, 817; Baum 2010.

³ Born 2011, pp. 777–879, p. 818; Baum 2010.

⁴ Perju 2009; Craig and de Burca 2011.

yeux des américains, parmi les aspects les plus remarquables des arrêts de la Cour de justice figurent leur brièveté relative, leur caractère non-personnalisé, et l'absence d'opinions dissidentes et concurrentes.⁴ Si la rédaction des arrêts de la Cour ne se prête pas beaucoup à la transparence, elle a le mérite d'être plus concise et de mieux distancier la Cour de justice des polémiques de nature politique.

3 La mission de la Cour

Dans une certaine mesure, les aspects de la Cour de justice que j'ai évoqués proviennent d'une différence profonde entre les missions des deux Cours. On ne devrait pas oublier que, pour sa part, la Cour Suprême représente une des parties, bien que la partie suprême, qui composent le pouvoir judiciaire de l'Etat, ayant comme responsabilité l'administration de la justice du système tout entier. A cet égard, elle ne se distingue pas de la cour suprême de n'importe quel autre pays. La Cour Suprême a beau se concentrer sur des problèmes d'ordre constitutionnel, elle est pleinement responsable de toute question qui relève du droit fédéral ou qui concerne le fonctionnement du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis. Elle poursuit le but général du droit, c'est-à-dire de veiller à ce que les membres de la société puissent fonctionner dans un climat d'ordre social et de confiance légitime.

En tant que haute juridiction de l'ordre européen, la Cour de justice a une mission moins étendue, et en conséquence plus précise. Loin d'avoir sous sa garde l'intégrité du pouvoir judiciaire général dans l'ensemble de l'Europe (une responsabilité qui incombe plutôt aux juridictions nationales européennes, et surtout à leurs propres cours suprêmes et constitutionnelles), elle se consacre à juste titre à la réalisation des objectifs de l'Union européenne, quels qu'ils soient.⁵ Les objectifs de l'Union européenne se sont, bien entendu, diversifiés à travers les années. Si la construction du marché unique a été longtemps prépondérante, elle s'accompagne de plus en plus d'autres objectifs, tels que la protection de l'environnement, des consommateurs ou des investisseurs. A tout moment, la Cour de justice semble impliquée dans l'accomplissement des objectifs fondamentaux découlant des traités européens. Dans cette mesure, la Cour agit d'une façon beaucoup plus "programmatische" que la Cour Suprême, dont les arrêts sont en revanche bien infusés, et peut-être même plus, de considérations politiques.

⁵ Davies 2011.

⁶ Arts. 258, 260 TFUE; voir Craig and de Burca 2011, pp. 417–422.

4 Accès à la Cour

Le rôle spécial de la Cour de justice à cet égard se reflète déjà dans la structure des moyens d'accès à la Cour. Deux des avenues qui mènent à la Cour renforcent la mission spéciale de celle-ci. D'une part, la Cour a la compétence de juger, à la requête de la Commission, si un Etat-membre a ou non enfreint ses obligations tirées du droit européen, et dans certains cas de lui infliger une sanction financière.⁶ L'existence même de ce type de recours, inconnu aux Etats-Unis, montre bien l'engagement étroit de la Cour de justice dans l'accomplissement des objectifs de l'Union européenne.

Mais, plus habituels et aussi plus utiles dans la recherche de l'efficacité du droit européen sont les arrêts que la Cour rend en réponse aux questions préjudicielles soumises à la Cour par les tribunaux nationaux.⁷ Par définition, lorsque la Cour rend un arrêt qui interprète un article du traité ou une disposition de législation secondaire, et lorsqu'elle renvoie l'affaire au juge national pour jugement en conformité avec la décision de la Cour, elle participe directement à la mise en œuvre du droit européen au niveau national.

5 La charge des affaires devant la Cour

Le rôle spécial de la Cour de justice se manifeste aussi dans le grand nombre d'affaires qu'elle juge par rapport à celui dont la Cour suprême accepte la charge. La Cour Suprême jouit d'un pouvoir totalement discrétionnaire en choisissant les affaires à juger. Elle n'en juge pas plus d'environ 85 chaque année. Cela signifie non seulement que la Cour décide librement de son propre ordre du jour, mais aussi qu'elle laisse intactes beaucoup de divergences d'opinion parmi les cours d'appel fédérales.⁸ Ces divergences, même si elles concernent l'interprétation correcte d'une législation fédérale, peuvent durer très longtemps. La Cour de justice, par contraste, a la possibilité et la volonté de mettre fin, dans un délai assez court, à toute divergence d'opinion parmi les tribunaux nationaux en ce qui concerne l'interprétation correcte des textes européens. On peut même dire que la Cour a l'obligation positive de le faire. La charge de la Cour est d'autant plus lourde qu'elle juge beaucoup plus d'affaires en première instance que ne le fait la Cour Suprême aux Etats-Unis.⁹

⁷ Art. 19 para 3 let. b) TUE; art. 267 TFUE; voir Craig and de Burca 2011, pp. 442–482.

⁸ Baum 2010.

⁹ Bermann et al. 2011, p. 63.

¹⁰ Bermann et al. 2011, p. 62.

6 Un juge indépendant

Afin de contribuer de manière appropriée et efficace à la construction européenne, les juges de la Cour de justice devraient jouir d'une indépendance totale vis à vis des Etats membres, en pratique aussi bien qu'en théorie. L'observateur américain serait surpris, dans ces circonstances, d'apprendre que les juges de la Cour de justice sont nommés par les Etats membres eux-mêmes et qu'ils ont des mandats fixes que les gouvernements des Etats membres peuvent renouveler, ou non, à leur gré.¹⁰ Il serait impressionné par la capacité des juges de la Cour de justice de se distancier, non seulement *de jure* mais aussi *de facto*, des intérêts des Etats membres auxquels ils doivent leurs nominations.

7 Une cour constitutionnelle

Tout ce qui précède n'a trait qu'aux aspects institutionnels de la Cour de justice, et beaucoup d'autres observations comparatives sur ce même plan pourraient être évoquées. Mais la comparaison entre les deux cours a aussi une dimension substantielle qui mérite d'être évoquée.

Dans la mesure où la Cour de justice a élaboré, dans les décennies passées, la jurisprudence classique illustrée par des arrêts comme *van Gend en Loos*,¹¹ *Costa v. ENEL*,¹² ou *Simmenthal*,¹³ elle a suivi à peu près le même chemin que le Justice John Marshall de la Cour Suprême dans les grands arrêts constitutionnels des premières décennies de l'existence de la Cour.¹⁴ La contribution des deux cours à la consolidation de leurs systèmes juridiques respectifs a été tout à fait fondamentale pour le développement futur des systèmes eux-mêmes. Le parallélisme est bien évident.

8 Une cour exigeante

Mais, à maints égards, la Cour de justice est allée beaucoup plus loin dans ce sens. Deux lignes jurisprudentielles de la Cour devraient suffire à établir comment la

¹¹ NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise, du 5 février 1963, affaire C-26/62, Recueil 00003.

¹² Flaminio Costa c. E.N.E.L., du 15 juillet 1964, affaire C-6/64, Recueil 01141.

¹³ Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal, du 9 mars 1978, affaire C-106/77, Recueil 00629.

¹⁴ Jost 2007, p. 289.

¹⁵ Bermann et al. 2011, p. 351.

¹⁶ Jost 2007, p. 417.

Cour de justice s'est avérée plus audacieuse à cet égard que la Cour Suprême. Je commence par la jurisprudence abondante de la Cour sur la question du caractère adéquat ou non-adéquat des moyens (en anglais, "remedies") offerts par le juge national aux justiciables pour faire valoir les droits qu'ils tirent du droit européen. La Cour exige que tous les moyens dont les parties bénéficient devant les tribunaux nationaux sous le droit national leur soient également garantis lorsqu'ils invoquent des droits comparables tirés du droit européen ("le principe d'équivalence").¹⁵ Cette démarche semblerait tout à fait raisonnable, et pas loin de la position que les tribunaux américains auraient prise dans des circonstances analogues.¹⁶

Plus remarquable du point de vue américain, est la jurisprudence de la Cour sur le principe dit "d'effectivité" selon lequel le juge national devrait en tout cas mettre à la disposition des parties des moyens qui sont adéquats pour leur permettre de faire valoir les droits qu'elles tirent du droit européen et pour assurer l'effet utile de ce droit.¹⁷ De par ce principe, la Cour de justice a contraint les tribunaux nationaux à mettre à disposition des parties qui invoquent des droits tirés du droit européen des moyens adéquats, même si ces derniers n'existent nulle part dans le droit national et même s'ils sont en contradiction avec le droit procédural national existant.¹⁸

La deuxième ligne de jurisprudence frappante à cet égard provient de l'arrêt *Francovich*.¹⁹ Cet arrêt n'est guère imaginable aux Etats-Unis. L'imposition d'une responsabilité aux Etats membres basée sur la violation par ces derniers de leurs obligations découlant du droit européen serait considérée, sans doute, comme exorbitante. Cette perception est basée sur plusieurs raisons, notamment le silence du traité (ou, dans le cas des Etats-Unis, de la Constitution) sur une telle question fondamentale et la charge potentiellement excessive qu'une telle condamnation pourrait avoir sur les Etats américains sous cette jurisprudence.²⁰

9 Une méthode plutôt téléologique

Des observations de nature comparative restent à faire sur le fond du droit européen. L'interprétation des textes législatifs constitue une des fonctions les plus importantes pour la Cour de justice, comme elle l'est pour la Cour Suprême. Certes, à cet égard, les deux cours attachent une grande importance au texte législatif même et, si nécessaire, également aux travaux préparatoires. Elles sont,

¹⁷ Arnulf 2006, p. 330.

¹⁸ Voir par exemple, *Dilexport Srl c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, du 9 février 1999, affaire C-343/96, Recueil I-00579.

¹⁹ *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et al. c. République italienne*, du 19 novembre 1991, affaire C-6/90, Recueil I-05357.

²⁰ Meltzer 2006, pp. 39–83; voir l'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire *Alden c. Maine*, 527 U.S. 706 (1999).

²¹ Bermann et al. 2011, p. 534.

toutes les deux, sensibles à l'intention présumée du législateur. Néanmoins, on ne peut pas lire et comparer les arrêts de la Cour de justice et de la Cour Suprême sans constater le rôle majeur que l'interprétation téléologique joue dans la pratique de la Cour de justice par rapport à la Cour Suprême.²¹ Je doute que la différence puisse être attribuée entièrement aux différences de cultures juridiques entre l'Europe et les Etats-Unis. Entre sans doute également en jeu l'attachement de la Cour de justice aux objectifs fondamentaux du droit européen que j'ai soulignés dans les sections précédentes.

10 La contribution de la Cour à la politique européenne

Il est parfaitement normal que, sur le fond, le droit européen et le droit américain se ressemblent beaucoup plus dans certains domaines que dans d'autres. Il est en tout cas souvent difficile de faire une comparaison des politiques judiciaires aux Etats-Unis et en Europe dans un domaine spécifique, car tant les textes législatifs que les politiques qu'ils traduisent sont souvent eux-mêmes bien différents. Dans cette situation, attribuer aux tribunaux d'un système ou d'un autre une politique spéciale sur le fond de la matière serait trompeur. Par exemple, les textes européens peuvent établir un niveau de protection plus élevé des consommateurs que leurs équivalents américaines. Dans ces circonstances, la plus grande protection des consommateurs qui pourrait en résulter en Europe ne doit pas beaucoup à la politique des juges, mais plutôt à la politique des législateurs et des pouvoirs réglementaires. Les éventuelles divergences entre les deux systèmes proviennent des différences dans les politiques législatives plutôt que dans les politiques judiciaires.

Mais d'autres domaines du droit européen existent dans lesquels les textes législatifs eux-mêmes jouent un rôle réduit, laissant de la place aux juges de la Cour de justice et de la Cour Suprême pour élaborer leurs propres politiques, même sous l'apparence d'interprétation législative. Ici, les cours jouissent d'une liberté encore plus grande de mettre en avant les objectifs substantiels de leurs propres systèmes, comme elles les conçoivent. Le droit de la concurrence nous en offre l'exemple le plus emblématique, grâce au caractère laconique des textes substantiels dans cette matière. Il en résulte que la Cour de justice, d'une part, et la Cour Suprême, d'autre part, développent des politiques jurisprudentielles carrément distinctes les unes des autres.²²

²² Fox 2009.

²³ Arnulf 2006, pp. 438–441; Papadoulos 2010, p. 151.

11 Le rôle de la Cour dans l'intégration du marché

Les différences dans les pratiques des deux cours sont les plus révélatrices lorsqu'elles sont amenées à trancher la question de donner un effet direct aux normes qui interdisent les entraves à la libre circulation des personnes, des marchandises, des services ou des capitaux. Ici, la Cour de justice n'est pas forcément sujette à l'intermédiation du législateur, mais tire plutôt ses conclusions directement des dispositions du traité. Ce faisant, elle a pleinement conscience de l'immense importance du marché intérieur pour la construction de l'Union européenne.²³ Une analyse comparative des jurisprudences respectives de la Cour Suprême et de la Cour de justice met en évidence le plus fort engagement de cette dernière dans la construction délibérée du marché unique. La Cour de justice se sert de notions générales de sa propre création, comme notamment la proportionnalité, la reconnaissance mutuelle et le principe d'efficacité (évoqué au-dessus), pour produire des effets beaucoup plus intégratifs que ceux qui résultent de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême sur la "dormant (ou negative) commerce clause."²⁴

12 Les hautes juridictions et le droit comparé

La coexistence d'éléments communs et non-communs aux deux hautes juridictions a ouvert un terrain fertile pour le droit comparé contemporain. Les différents objectifs du droit comparé peuvent tous profiter de la comparaison transatlantique, tel que la réforme du droit, l'harmonisation et l'unification du droit, la coopération inter-juridictionnelle, l'application de droit étranger par les tribunaux, et surtout la meilleure compréhension de son propre droit et du droit en général.²⁵ La Cour de justice et la Cour Suprême occupent une place centrale dans les enquêtes qui s'inspirent d'une comparaison des droits américain et européen. L'importance des deux Cours réside non seulement dans le rôle et dans les fonctions qu'elles remplissent, mais aussi dans la vaste jurisprudence qu'elles produisent.

Références

- Arnall A (2006) *The European Union and its Court of Justice*, 2^{ème} éd. Oxford EC Law Library, Oxford
- Baum L (2010) *The Supreme Court*, 10^{ème} éd. CQ Press, Washington D.C.
- Bermann GA (1994) Taking subsidiarity seriously. *Colum Law Rev* 94:331

²⁴ Regan 1986; Savage 2009, p. 95.

²⁵ Caruso 2011.

- Bermann GA, Goebel RJ, Davey WJ, Fox E (2011) *Cases and materials on European Union Law*, 3^{ème} édn. American Casebook Series, St. Paul
- Born G (2011) A new generation of international adjudication. *Duke Law J* 61:777, 817
- Cappelletti M, Seccombe M, Weiler J (1986) *Integration through law: Europe and the American federal experience*. Walter de Gruyter, Berlin
- Caruso D (2011) The European Union 20 years after Maastricht: transatlantic perspectives symposium articles. *Tulane J Int'l Comp Law* 20:175, 178
- Craig P, de Burca G (2011) *EU law: text, cases & materials*. 5^{ème} édn. Oxford University Press, Oxford
- Davies K (2011) *Understanding European Union Law*, 4^{ème} édn., Routledge, New York
- Fox E (2009) *Competition law of the European Union in comparative perspective, cases and materials*. American Casebook Series, St. Paul
- Jost K (2007) *The Supreme Court A to Z*, 4^{ème} édn. CQ Press, Washington
- Meltzer DJ (2006) Member state liability in Europe and the United States. *Int J Const Law* 2006:39–83
- Papadoulos T Gr (2010) *EU law and the harmonization of takeovers in the internal market*. Wolters Kluwer Law & Business, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands
- Perju V (2009) Reason and authority in the European Court of Justice. *Va J Int Law* 49:307
- Regan DH (1986) The Supreme Court and state protectionism: making sense of the dormant commerce clause. *Mich Law Rev* 84:1091
- Savage DG (2009) *The Supreme Court and the powers of the American government*, 2^{ème} édn. CQ Press, Washington D.C.
- Stein E (1981) Lawyers, judges and the making of a transnational constitution. *Am J Int Law* 75:1