



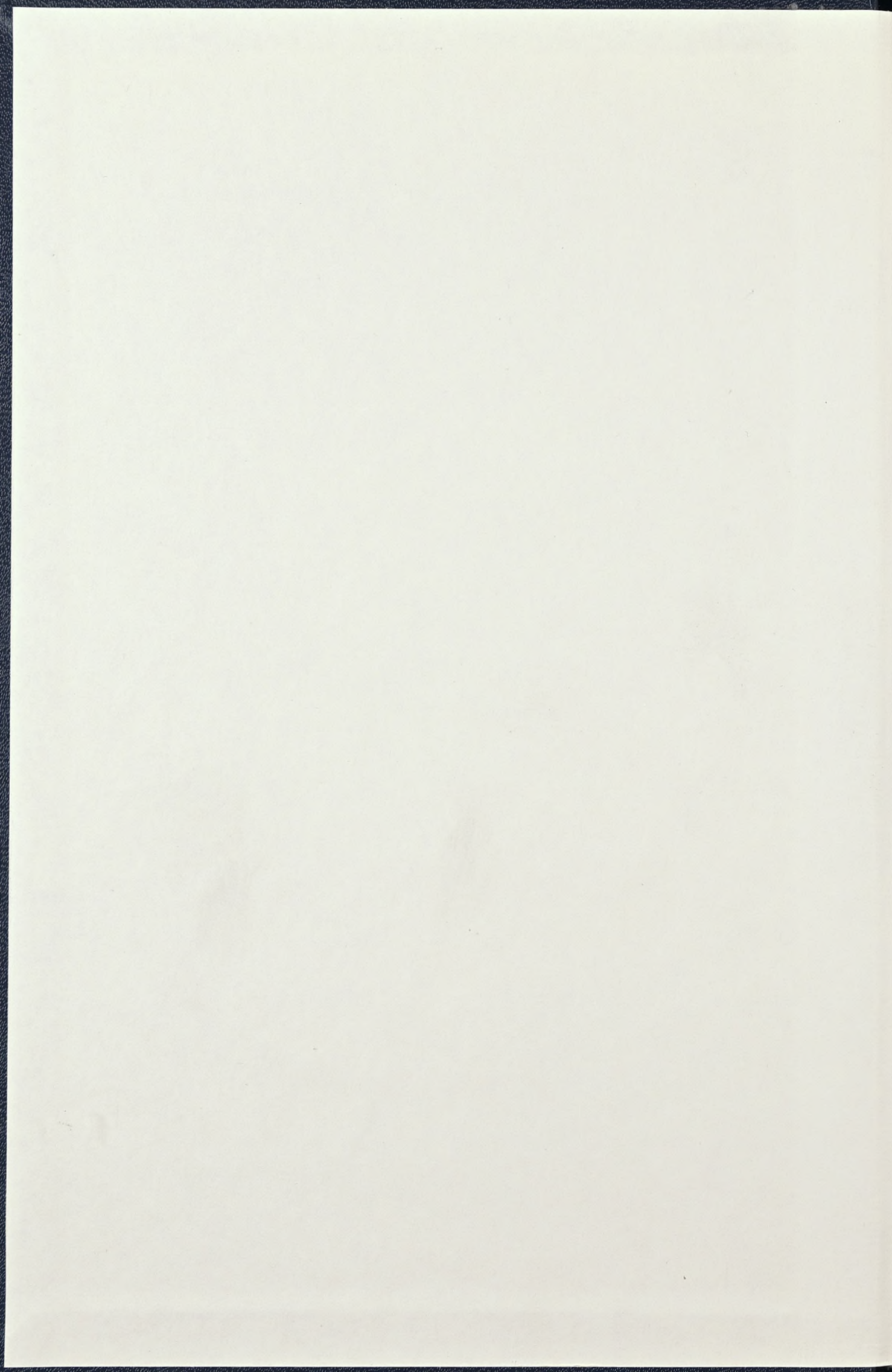
**Collected
Courses of the
Academy of
European Law**

1991 – Vol. II – 1

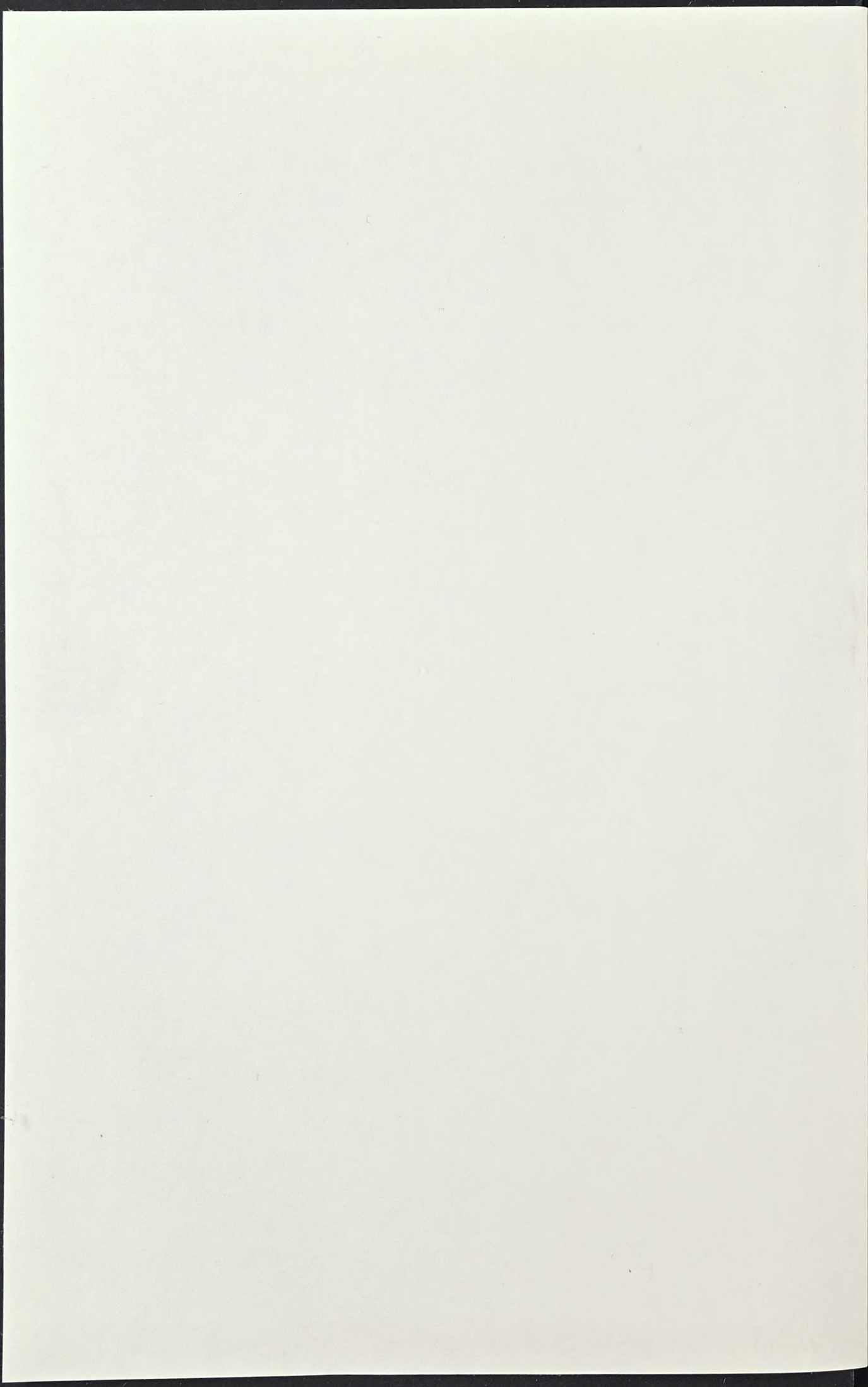


European University Institute

Martinus Nijhoff Publishers







Collected Courses of the
Academy of European Law

1991 Vol. II-1

1991

European Community Law

Vol. II-1

Edited by

Frank Schöndorfer

Academy of European Law

Florence

Directed by

Antonio Cassese and Joseph H. H. Weiler

Collected Courses
of the
Academy of European Law

Recueil des cours de l'Académie de droit européen

1991

European Community Law

Vol. II Book 1

Edited by
Frank Emmert



European University Institute, Florence
Academy of European Law



MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS
DORDRECHT / BOSTON / LONDON

ISBN 0-7923-1996-6

Published by Martinus Nijhoff Publishers,
P.O. Box 163, 3300 AD Dordrecht, The Netherlands.

Sold and distributed in the U.S.A. and Canada
by Kluwer Academic Publishers,
101 Philip Drive, Norwell, MA 02061, U.S.A.

In all other countries, sold and distributed
by Kluwer Academic Publishers Group,
P.O. Box 322, 3300 AH Dordrecht, The Netherlands.

This publication should be cited as *AEL* Vol. II Book 1

Printed on acid-free paper

All Rights Reserved
© 1992 Kluwer Academic Publishers
Kluwer Academic Publishers incorporates the publishing programmes of
Martinus Nijhoff Publishers.

No part of the material protected by this copyright notice may be reproduced or
utilized in any form or by any means, electronic or mechanical,
including photocopying, recording or by any information storage and
retrieval system, without written permission from the copyright owner.

Printed in the Netherlands

General Table of Contents

Volume II Book 1

European Community Law

Principal Abbreviations	xiii
EMILE NOEL, <i>La Conférence intergouvernementale sur l'union politique européenne, à la veille du conseil européen de Luxembourg</i>	1
OLE DUE, <i>Conférence Robert Schuman sur le droit communautaire Article 5 du traité CEE. Une disposition de caractère fédéral?</i>	15
JOHN A. USHER, <i>General Course: The Continuing Development of Law and Institutions</i>	37
MICHEL WAELBROECK, <i>Règles de concurrence et concentrations</i>	167
JEAN-VICTOR LOUIS, <i>La Banque européenne pour la reconstruction et le développement. Aspects juridiques</i>	251
FRANCIS SNYDER, <i>The Common Agricultural Policy in the Single European Market</i>	303
Index of Decisions by Transnational Courts	337

General Table of Contents
 Volume II Book 1
 European Community Law

viii	Principal Abbreviations
ix	TABLE OF CONTENTS
x	PART I THE EUROPEAN COMMUNITY TREATIES
xi	A. THE TREATY ESTABLISHING THE EUROPEAN COMMUNITY
xii	B. THE TREATY ON EUROPEAN UNION
xiii	C. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION
xiv	D. THE TREATY ON EUROPEAN ECONOMIC COOPERATION
xv	E. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xvi	F. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xvii	G. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xviii	H. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xix	I. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xx	J. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxi	K. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxii	L. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxiii	M. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxiv	N. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxv	O. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxvi	P. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxvii	Q. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxviii	R. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxix	S. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxx	T. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxxi	U. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxxii	V. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxxiii	W. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxxiv	X. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxxv	Y. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT
xxxvi	Z. THE TREATY ON EUROPEAN COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT

Volume II Book 2
The Protection of Human Rights in Europe

ROLV RYSSDAL,
Winston Churchill Lecture
On the Road to a European Constitutional Court

CARL AAGE NØRGAARD,
General Course: The Protection of Human Rights in Europe

KATARINA TOMASEVSKI,
The AIDS Pandemic and Human Rights

HANS DANELIUS, *The International Protection against Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*

FRANCES OLSEN, *Legal Responses to Gender Discrimination in Europe and the USA*

RONALD DWORKIN & STEVEN LUKES, *The Political Culture of Liberalism and the Prospects for Eastern and Central Europe*

L'Académie de droit européen

L'Académie de droit européen a été créée par l'Institut en 1990. Son activité consiste en l'organisation de cours d'été consacrés au droit des Communautés européennes et à la protection des droits de l'homme en Europe.

Elle offre l'opportunité de participer à des cours donnés par les plus grandes autorités mondiales en la matière. Les conférenciers présentent leur propre analyse et appréciation du droit communautaire, de la convention européenne des droits de l'homme et d'autres sujets concernant le droit européen. Les conférences, sous une forme révisée et plus détaillée, sont l'objet de cette publication.

Tous les cours sont en anglais ou en français. Les participants doivent maîtriser l'une de ces langues et avoir au moins une connaissance passive de l'autre. Ils doivent résider à Florence pendant la tenue de l'Académie et participer à l'ensemble de ses activités. La participation est ouverte tant aux étudiants ou enseignants en droit qu'aux juristes praticiens. Le nombre de participants est limité, et la sélection est faite sur la base des mérites respectifs des candidatures reçues.

Les participants qui possèdent déjà une connaissance approfondie dans les domaines du droit communautaire et des droits de l'homme peuvent demander à se soumettre à des épreuves écrites. Sur la base du résultat de ces épreuves, ils peuvent être admis à un oral final en vue de l'obtention du diplôme de l'Académie en droit européen. Ce diplôme est susceptible d'être délivré avec mention. Lors de la rédaction de leur candidature, les candidats sont donc appelés à préciser s'ils souhaitent se présenter aux épreuves du diplôme. Dans l'affirmative, ils doivent préciser dans le détail les enseignements qu'ils ont déjà suivis en droit communautaire et sur la convention européenne des droits de l'homme, ainsi que l'expérience qu'ils ont déjà acquise dans ces domaines.

Pour de plus amples informations, adressez-vous à
l'Académie de droit européen, Institut universitaire européen
C.P. N° 2330 -I-50100 FIRENZE Ferrovia, Italie
(téléphone (055) 5092572/50921, fax 5092573)

The Academy of European Law

The Academy of European Law was established by the European University Institute in 1990. Its main activity is the holding of summer courses in the law of the European Community and the protection of human rights in Europe.

The Academy offers the opportunity of attending courses given by leading authorities from all over the world. Lecturers offer their own evaluation and analysis of Community law, the European Convention on Human Rights and other topics concerning European law. The lectures are published in the present annual publication.

All courses are held in English or French. Students must be fluent in one of these languages and have at least a passive knowledge of the other. Participants are expected to stay in Florence for the duration of the course and should attend all the courses. Participation in the summer session is open to law students, law teachers and those in legal practice. Enrolment numbers are limited and admission is based on merit.

A limited number of participants who already have some advanced knowledge in the fields of Community law and the law of the European Convention on Human Rights may request to sit a written examination. On the basis of this examination they may be invited to take a final oral examination. Successful candidates will be awarded the Diploma of the Academy in European Law. Exceptionally the Diploma may be awarded *cum laude*. Applicants should indicate if they wish to be candidates for the Diploma in their application. Those who wish to be considered for the Diploma must include in their applications details of courses they have already attended in Community law and on the European Convention on Human Rights together with other experience they have in these fields.

For further information please contact
Academy of European Law, European University Institute
C.P. No 2330 - I-50100 FIRENZE Ferrovia, Italy
(telephone (055) 5092572/50921, fax 5092573)

Le Bureau de l'Académie

Directeurs: Professeurs Antonio CASSESE, Institut universitaire européen, Florence et Joseph WEILER, Michigan School of Law, USA, professeur externe, Institut universitaire européen, Florence

Directeur exécutif: M. Frank EMMERT

Secrétaire: Mme Annick BULCKAEN

Publications: Mme Angelika LANFRANCHI

Le Recueil des cours de droit européen est réalisé en collaboration avec: Mme Brigitte Schwab, responsable du service des publications de l'Institut universitaire européen, Mme Catherine DIVRY, M. Brian PEARCE, Mlle Angela WARD

Comité consultatif

Prof. Roberto AGO, Juge à la Cour internationale de justice, membre de l'Institut de Droit international, La Haye

Prof. Daniel BARDONNET, professeur à l'Université de Paris II, Membre de l'Institut de Droit international, Paris

M. Jorge CAMPINOS, Jurisconsulte du Parlement européen, Luxembourg

M. le Juge José Luís DA CRUZ VILAÇA, Président du Tribunal de première instance, Luxembourg

M. Jean-Louis DEWOST, Directeur général du Service juridique de la Commission des Communautés européennes, Bruxelles

M. le Juge Ole DUE, Président de la Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg

Prof. René-Jean DUPUY, professeur au Collège de France, Membre de l'Institut de Droit international, Paris

Prof. Pierre Marie DUPUY, professeur de Droit international à l'Université de Paris II

Prof. Rein A. MULLERSON, Chef du département des problèmes généraux du droit international, Institut d'Etat et du Droit, Moscou

M. Emile NOEL, Président de l'Institut universitaire européen, Florence, Secrétaire général honoraire de la Commission des Communautés européennes

Prof. Carl Aage NØRGAARD, Président de la Commission européenne des Droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg

M. Jean-Claude PIRIS, Directeur général du Service juridique du Conseil des Ministres des Communautés européennes, Bruxelles

M. le Juge José Maria RUDA, ancien Président de la Cour internationale de justice, Président de l'Iran-U.S. Claims Tribunal, Membre de l'Institut de Droit international, La Haye

M. le Juge Rolv RYSSDAL, Président de la Cour européenne des Droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg

Prof. Bruno SIMMA, Professeur de Droit international, Institut für Völkerrecht, Ludwig-Maximilians-Universität, Munich

M. le Juge Nicolas VALTICOS, Juge à la Cour européenne des Droits de l'homme, ancien Secrétaire général de l'Institut de Droit international, Genève

The Officers of the Academy

The Directors: Professor Antonio CASSESE, European University Institute, Florence and Professor Joseph WEILER, Michigan School of Law, USA, External Professor, European University Institute

Executive Director: Mr Frank EMMERT

Secretary of the Academy: Ms Annick BULCKAEN

Publications: Ms Angelika LANFRANCHI

The Collected Courses of European Law are prepared with the help of Ms Brigitte SCHWAB, publications officer of the European University Institute, Ms Catherine DIVRY, Mr Brian PEARCE, Ms Angela WARD.

Advisory Committee

Prof. Roberto AGO, Judge at the International Court of Justice, Member of the Institut de Droit International, The Hague

Prof. Daniel BARDONNET, Professor at the University of Paris II, Member of the Institut de Droit International, Paris

Mr Jorge CAMPINOS, Jurisconsult of the European Parliament, Luxembourg

Judge José Luís DA CRUZ VILAÇA, President of the Court of First Instance, Luxembourg

Mr Jean-Louis DEWOST, Director General of the Legal Service of the Commission of the European Community, Brussels

Judge Ole DUE, President of the European Court of Justice of the European Community, Luxembourg

Prof. René-Jean DUPUY, Professor of the Collège de France, Member of the Institut de Droit International, Paris

Prof. Pierre Marie DUPUY, Professor of International Law, University of Paris II

Prof. Rein A. MULLERSON, Head of the Department of General Problems of International Law, Institute of State and Law, Moscow

Mr Emile NOEL, Principal of the European University Institute, Florence, Honorary Secretary-General of the Commission of the European Community

Prof. Carl Aage NØRGAARD, President of the European Commission of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg

Dr Jean-Claude PIRIS, Director General of the Legal Service to the Council of Ministers of the European Community, Brussels

Judge José Maria RUDA, former President of the International Court of Justice, President of the Iran-U.S. Claims Tribunal, Member of the Institut de Droit International, The Hague

Judge Rolv RYSSDAL, President of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg

Prof. Bruno SIMMA, Professor of International Law, Institut für Völkerrecht, Ludwig-Maximilians Universität, Munich

Judge Nicolas VALTICOS, Judge at the European Court of Human Rights, former Secretary-General of the Institut de Droit international, Geneva

The Office of the Secretary

The Office of the Secretary is a key component of the organization, responsible for the day-to-day operations and the coordination of all activities. The Secretary is the primary point of contact for all external and internal communications and is responsible for the maintenance of the organization's records and the preparation of reports and documents. The Secretary also oversees the administrative functions of the organization, including the management of the office staff and the coordination of the organization's budget and financial affairs.

Administrative Functions

The administrative functions of the Office of the Secretary are essential for the smooth operation of the organization. These functions include the management of the office staff, the coordination of the organization's budget and financial affairs, and the maintenance of the organization's records and documents. The Secretary is also responsible for the preparation of reports and documents, and for the coordination of all activities. The Secretary is the primary point of contact for all external and internal communications and is responsible for the maintenance of the organization's records and the preparation of reports and documents. The Secretary also oversees the administrative functions of the organization, including the management of the office staff and the coordination of the organization's budget and financial affairs.

List of Principal Abbreviations Table des principales abréviations

ABI.	Amtsblatt
ACP	Africa-Caribbean-Pacific Countries (Lomé Conventions)
Ad.L.Rev.	Administrative Law Review
AEL	Collected Courses of the Academy of European Law
A.E.L.E.	Association européenne de libre échange
AETR	Accord européen relatif au travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux par route
AFDI	Annuaire français de droit international
A.I.E.A.	Agence internationale de l'énergie atomique
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
All ER	All England Law Reports
Annuaire	Annuaire de la CEDH
Appl.	Application (European Commission of Human Rights)
ArchVR	Archiv des Völkerrechts
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ASE	Agence spatiale européenne
ASEAN	Association of South-East Asian Nations
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BEI	Banque européenne d'investissement
BERD	Banque européenne pour la reconstruction et le développement
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
Bull.EC Suppl.	Bulletin of the European Communities, Supplement
BVerfG (E)	Bundesverfassungsgericht (Collected Decisions)
BVerwG (E)	Bundesverwaltungsgericht (Collected Decisions)
BYbIL	British Yearbook of International Law
Camb.L.J.	Cambridge Law Journal
CanYIL	Canadian Yearbook of International Law

CCT	Common Customs Tariff
CDDH	Comité directeur des droits de l'homme
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communautés européennes
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
CEEA	Communauté européenne de l'énergie atomique
CES	Comité économique et social
CIJ Rec.	Cour internationale de Justice Recueil
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJCE Rec.	Cour de Justice des Communautés européennes Recueil
CMLR	Common Market Law Reports
CML Rev.	Common Market Law Review
Colum.J.Trans.L.	Columbia Journal of Transnational Law
Com.CE Doc.	Document de la Commission européenne
Com.EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Conseil CE Doc.	Document du Conseil européen
Corte Cost.	Corte Costituzionale
C.P.E.	Coopération politique européenne
CSCE	Conference on Security and Cooperation in Europe
DB	Der Betrieb
Declaration E.P.	Declaration of European Parliament
Debs. PE	Débats du parlement européen
Dec.	decision; décision
Dir.	directive
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
DS	Recueil Dalloz Sirey
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EAEC/Euratom	European Atomic Energy Community
EBRD	The European Bank for Reconstruction and Development
EBU	European Broadcasting Union
EC	European Community
ECHR	European Convention on Human Rights
ECJ	European Court of Justice
ECLR	European Competition Law Review
ECOSOC	Economic and Social Council; Conseil économique et social

ECR	European Court Reports (Reports of the Court of Justice of the European Communities, Luxembourg)
ECSC	European Coal and Steel Community
ECU	European Currency Unit
EEC	European Economic Community (Treaty)
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EHRR	European Human Rights Reports
EIB	European Investment Bank
EIRR	European Industrial Relations Review
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EMS	European Monetary System
EP	European Parliament
EPC	European Political Cooperation
EP Doc.	European Parliament Document
EP Debs	European Parliament Debates
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
ERTA	European Road Transport Agreement
ESA	European Space Agency
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EUI	European University Institute
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
Eur. Bus. L. Rev.	European Business Law Review
Eur Court H.R.	European Court of Human Rights
Eur Comm H.R.	European Commission of Human Rights
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FAO	Food and Agriculture Organization
FIDE	Fédération internationale pour le Droit européen
F.M.I.	Fonds monétaire international
Fordham Int'l. L.J.	Fordham International Law Journal
Foro it.	Foro italiano
Foro pad.	Foro padano
Fs.	Festschrift
G.A. Res.	General Assembly (of the United Nations) Resolution; Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
Ga.J.Int'l. & Comp.L.	Georgia Journal of International and Comparative Law

Gazz Uff	Gazzetta Ufficiale
Giur. Cost.	Giurisprudenza Costituzionale
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
GSP	General System of Preferences
GYIL	German Yearbook of International Law
Harvard Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
HCR	UN High Commissioner on Refugees; Haut- Commissaire des Nations unies pour les réfugiés
HRLJ	Human Rights Law Journal
HR Rev.	Human Rights Review
HZA	Hauptzollamt
IAEA	International Atomic Energy Agency
IAEO	International Atomic Energy Organization
IATA	International Air Transport Association
ICAO	International Civil Aviation Organization
ICJ Reports	International Court of Justice Reports
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILO	International Labour Organization
ILR	International Law Reports
IMF	International Monetary Fund
ITU	International Telecommunications Union
IYIL	The Italian Yearbook of International Law
J. Common Mkt. Stud.	Journal of Common Market Studies
JCP	Jurisclasser périodique
JDI	Journal de droit international
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne
JORF	Journal officiel de la République française
Journal of the ICJ	Journal of the International Commission of Jurists
JWT	Journal of World Trade
Law.Soc.Gaz.	Law Society Gazette
LDC	Less developed country
LIEI	Legal Issues of European Integration
LLDC	Least developed country
LQR	Law Quarterly Review
MEP	Member of European Parliament
MFN	Most Favored Nation
Mich.J.Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Mich. LR	Michigan Law Review

MLR	Modern Law Review
MPE	Membre du Parlement européen
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NGO	Non-governmental organization
NILR	Netherlands International Law Review
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLJ	New Law Journal
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
OAS	Organization of American States
OAU	Organization of African Unity
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
O.E.A.	Organisation des Etats américains
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OJ	Official Journal of the European Community
O.L.P.	Organisation pour la libération de la Palestine
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ONG	Organisation non gouvernementale
O.N.U.	Organisation des Nations Unies
O.T.A.N.	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
O.U.A.	Organisation de l'unité africaine
PCIJ Reports	Permanent Court of International Justice Reports
PE Doc.	Documents du parlement européen
PLO	Palestine Liberation Organization
P.V.D.	Pays en voie de développement
QB	Queen's Bench (U.K. Law Reports)
Rabelsz	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAE	Revue des affaires européennes
RBDI	Revue belge de droit international
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye
RDE	Rivista di diritto europeo
RDH/HRJ	Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal
RDI	Rivista di diritto internazionale
Reg.	regulation; règlement
Res.	resolution; résolution
RGDIP	Revue générale de droit international public
RHDI	Revue hellénique de droit international

RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RMC	Revue du marché commun
RMT	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RUDH	Révue universelle des droits de l'homme
SEA	Single European Act
Série A	Publication de la Com.EDH: Arrêts et décisions
Série B	Publication de la Com.EDH: Mémoires, plaidoiries, documents
SEW	Social-Economische Wetgeving
S.M.E.	Système monétaire européen
Stb	Staatsblad van het koninkrijk der Nederland
Syr.J.Int.L. and Comm.	Syracuse Journal of International Law and Commerce
UN	United Nations
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization; Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNTS	United Nations Treaty Series
UNY	United Nations Yearbook
U.S.C.A.	United States Courts of Appeals
Va.J.Int'l.L.	Virginia Journal of International Law
Vand.J.Trans.L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
WEU	Western European Union
WIPO	World Intellectual Property Organization
WHO	World Health Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
YB	Yearbook of the European Convention on Human Rights
YEL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZERP	Zentrum für Europäische Rechtspolitik
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

La Conférence intergouvernementale sur l'union politique européenne, à la veille du conseil européen de Luxembourg

CONFERENCE INAUGURALE DE M. EMILE NOEL

101	La Conférence intergouvernementale sur l'union politique européenne
102	Le rôle de la Conférence
103	Le rôle de la Conférence
104	Le rôle de la Conférence
105	Le rôle de la Conférence
106	Le rôle de la Conférence
107	Le rôle de la Conférence
108	Le rôle de la Conférence
109	Le rôle de la Conférence
110	Le rôle de la Conférence
111	Le rôle de la Conférence
112	Le rôle de la Conférence
113	Le rôle de la Conférence
114	Le rôle de la Conférence
115	Le rôle de la Conférence
116	Le rôle de la Conférence
117	Le rôle de la Conférence
118	Le rôle de la Conférence
119	Le rôle de la Conférence
120	Le rôle de la Conférence
121	Le rôle de la Conférence
122	Le rôle de la Conférence
123	Le rôle de la Conférence
124	Le rôle de la Conférence
125	Le rôle de la Conférence
126	Le rôle de la Conférence
127	Le rôle de la Conférence
128	Le rôle de la Conférence
129	Le rôle de la Conférence
130	Le rôle de la Conférence
131	Le rôle de la Conférence
132	Le rôle de la Conférence
133	Le rôle de la Conférence
134	Le rôle de la Conférence
135	Le rôle de la Conférence
136	Le rôle de la Conférence
137	Le rôle de la Conférence
138	Le rôle de la Conférence
139	Le rôle de la Conférence
140	Le rôle de la Conférence
141	Le rôle de la Conférence
142	Le rôle de la Conférence
143	Le rôle de la Conférence
144	Le rôle de la Conférence
145	Le rôle de la Conférence
146	Le rôle de la Conférence
147	Le rôle de la Conférence
148	Le rôle de la Conférence
149	Le rôle de la Conférence
150	Le rôle de la Conférence

Biographie

Né le 17 novembre 1922 à Constantinople (Turquie), de nationalité française, M. Emile Noël est ancien élève de l'Ecole normale supérieure de Paris (section sciences) et licencié en sciences physiques et mathématiques de l'université de Paris. Il est docteur *honoris causa* de l'université nationale d'Irlande, des universités d'Edimbourg, Urbino, Marmara (Turquie), Kyoto et Braga (Portugal). Secrétaire de la commission des Affaires générales de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe de 1950 à 1952, M. Noël a été, de 1952 à 1954, directeur du secrétariat de la commission constitutionnelle de l'Assemblée *ad hoc*, chargée d'élaborer un projet de traité de Communauté politique européenne. De 1954 à 1956, M. Noël a été le chef de cabinet de M. Guy Mollet, alors président de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, et en 1956-1957, chef de cabinet puis directeur adjoint du cabinet de M. Guy Mollet, président du Conseil en France. En 1958, il a été nommé secrétaire exécutif de la Commission de la Communauté économique européenne. De 1967 jusqu'en septembre 1987, il a été secrétaire général de la Commission des Communautés européennes. En octobre 1987, il a pris les fonctions de président de l'Institut universitaire européen; son mandat a été renouvelé jusqu'en octobre 1993. M. Noël est professeur honoraire de l'Université libre de Bruxelles, de l'université Fudan à Shanghai et de l'université de Sichuan (République populaire de Chine). Il est secrétaire général honoraire de la Commission des Communautés européennes.

Principales publications

- «Comment fonctionnent les institutions des Communautés européennes», «Working Together», (Direction de l'Information des Communautés européennes) (1963 et diverses rééditions).
- *La fusion des institutions et la fusion des Communautés européennes* (Editions «Université de Nancy») (1965).
- *Le comité des représentants permanents* (Institut d'études européennes – Université libre de Bruxelles) (1966).
- (en collaboration avec M. Henri Etienne) «Quelques aspects des rapports et de la collaboration entre le Conseil et la Commission» (Institut d'études européennes – Université libre de Bruxelles) (1966).
- (en collaboration avec M. Amphoux) «Les Commissions», *Le droit des Communautés européennes* (Editions Larcier – Bruxelles) (1969).
- «Les problèmes institutionnels de la Communauté élargie» (Editions CEDAM «La Comunità internazionale» – Roma) (1972).
- «Le pouvoir d'initiative de la Commission» (Institut d'études européennes – Université libre de Bruxelles) (1972).
- «The Commission's Power of Initiative», *Common Market Law Review* (1973).
- «The External Relations of the EEC and its Internal Affairs», *Government and Opposition* – London (1975).
- «Some Reflections on the Preparation, Development and Repercussions of the Meetings between Heads of Government», *Government and Opposition* – London (1976).
- *Relations between the Community and Turkey* (Editions Hacettepe University – Ankara) (1976).
- «Les rouages de l'Europe» (Editions Labor/Nathan) (1976).
- «The European Community: how it works» (Office des publications des Communautés européennes) (1979).
- «Reflections on the State of the European Community at the End of the Seventies», *Government and Opposition* – London (1980).
- *La Communauté européenne: quel avenir?* (conférence faite devant l'Institut royal des relations internationales) (1984).
- *Situation et perspectives de la Communauté européenne* (rapport présenté au XIII^e Congrès mondial de l'Association internationale de science politique) (juillet 1985).

- «The Community to-day», *Government and Opposition* – London (1986).
- Le Parlement face à la Commission (dans le Parlement européen) dans l'évolution institutionnelle (collection dirigée par l'Institut d'études européennes de Bruxelles) (1987).
- «The Single European Act», *Government and Opposition* – London (1988).

La Conférence intergouvernementale sur l'union politique européenne, à la veille du conseil européen de Luxembourg

Dans cet exposé inaugural, je voudrais, comme je l'avais fait il y a un an, traiter d'une question d'actualité, je veux dire de l'état actuel des négociations sur l'union politique européenne et de leurs perspectives. D'autres, plus qualifiés, vous exposeront dans les jours et les semaines qui vont suivre, comment le droit européen s'applique et est interprété. Nous sommes, en ce moment, dans cette période privilégiée où tout peut évoluer, de nouvelles règles de jeu être arrêtées, une autre phase de la vie communautaire s'engager: cela mérite de s'y arrêter, même si le propos ne peut être que spéculatif.

C'est délibérément que je n'aborderai pas l'union économique et monétaire, bien que la conférence qui en traite soit peut-être appelée à aboutir à des résultats beaucoup plus significatifs que la Conférence sur l'union politique. Les travaux sont bien circonscrits, mais, mis à part quelques grands choix politiques bien connus, ils exigent, pour être utilement présentés, un exposé technique fondé sur des connaissances spécialisées, qui aurait largement débordé le cadre de cette Académie. Je me limiterai donc aux aspects politiques et institutionnels de la Conférence sur l'union politique.

Il n'est pas inutile de rappeler comment cette conférence a été convoquée. La relance du processus communautaire a commencé en 1985, lorsqu'a été retenu l'objectif du marché intérieur européen – l'*objectif 1992* – que la signature de l'Acte unique européen, en février 1986, devait confirmer.

L'Acte unique donnait en outre à la Communauté les moyens institutionnels d'atteindre cet objectif, notamment par la réintroduction et la généralisation des décisions à la majorité qualifiée dans le Conseil des ministres. La réalisation du marché intérieur, et particulièrement de la libre circulation des capitaux et des services financiers, créait toutefois ce que Jean Monnet aurait appelé un *déséquilibre dynamique*. Il fallait aller plus loin pour que le marché intérieur ne risque pas d'être remis en cause par quelques turbulences, nationales ou internationales. Il en est résulté l'acceptation du principe de l'union économique et monétaire, puis la

convocation de la conférence intergouvernementale qui s'est ouverte à Rome en décembre dernier.

Gérer l'union économique et monétaire nécessitera, suivant une formule de M. Pierre Bérégovoy, que se mette en place un *gouvernement économique* de l'Europe. Et, dès lors, un nouveau *déséquilibre dynamique* aura été établi: il est en effet difficile de concevoir qu'un *gouvernement de l'Europe* puisse longtemps se limiter au seul domaine économique. Un pas ultérieur vers l'union politique sera inévitable.

Les événements de 1989 et 1990 ont bouleversé ce scénario. L'écroulement des régimes communistes, les changements en Union soviétique, l'unification accélérée de l'Allemagne ont conduit, dès avril 1990, le chancelier Kohl et le président Mitterrand à proposer la création rapide d'une union politique, comportant une politique extérieure et de sécurité commune. Après quelques hésitations, la décision a été prise de convoquer une conférence distincte sur l'union politique, qui s'est également ouverte à Rome en décembre dernier.

Peu de temps était disponible pour préparer cette conférence. Le travail – considérable – de la présidence italienne pendant le deuxième semestre de l'année dernière a permis d'identifier les grands thèmes des négociations, plus que de rapprocher les points de vue. Les conclusions du conseil européen de Rome, en décembre dernier, le montrent bien. Il s'agit plus de tendances prévalentes que de directives fermes – sur lesquelles il aurait, d'ailleurs, été impossible d'obtenir un accord.

Quels sont les grands sujets de négociation:

– D'abord, la politique extérieure et de sécurité commune. C'est ce que la *coopération politique*, organisée depuis 1970, s'efforçait d'atteindre. S'agit-il de faire aujourd'hui le *saut qualitatif* indispensable? La guerre du Golfe devait confirmer les limites de la coopération politique actuelle et confirmer aussi qu'il est vain de parler de politique de sécurité sans parler de politique de défense.

Le passage de la coopération politique à une *politique commune* a amené les négociateurs à envisager d'insérer également dans l'union politique envisagée les formes diverses de coopération intergouvernementale qui se sont développées en marge de la coopération politique: immigration, visa, droit d'asile, lutte contre la drogue, le terrorisme, etc.

– Ensuite, la *démocratisation* de la Communauté. Le Parlement l'a réclamée haut et fort dans une série de rapports et de résolutions, particulièrement les rapports Martin et Colombo. La revendication majeure du Parlement est d'établir un régime de codécision Parlement-Conseil pour l'adoption de la législation communautaire et pour la nomination de l'exécutif communautaire: la Commission européenne. D'autres mesures complémentaires peuvent s'y ajouter, comme l'extension de l'avis conforme

du Parlement pour la conclusion d'accords internationaux, le renforcement du droit d'enquête, du droit de pétition, etc.

C'est à cette *démocratisation* des Traités qu'il faut rattacher la proposition du premier ministre Felipe Gonzales de poser, dans le futur traité, les fondements d'une *citoyenneté européenne* ou d'une *citoyenneté de l'Union européenne*.

— Enfin, l'occasion a paru bonne, en liaison également avec la perspective de l'union économique et monétaire, de procéder à une relecture générale du traité de Rome, pour le renforcer et le compléter à la lumière des expériences accumulées depuis plus de trente ans. Il s'agissait, au début, de sélectionner quelques dispositions ou quelques chapitres sensibles. Je citerai avant tout la généralisation des décisions majoritaires dans le Conseil, en éliminant ce qui reste encore comme exigences d'unanimité, mises à part les dispositions proprement *institutionnelles* (comme la révision des traités, l'adhésion de nouveaux membres, la création de nouvelles ressources propres). Il s'agissait aussi d'introduire une véritable dimension sociale dans la Communauté, après la première et timide ouverture de l'Acte unique. Mais il y a eu bien vite un déferlement de propositions de toutes sortes, portant sur l'environnement, la recherche, l'éducation, la culture, la sécurité routière, la protection des consommateurs, la protection des animaux et bien d'autres sujets. Dans ce foisonnement de textes se détache une proposition espagnole, soutenue par plusieurs pays méditerranéens: donner une nouvelle dimension à l'objectif de cohésion économique et sociale et, à cette fin, réformer le système financier des Communautés, pour qu'il tienne mieux compte de la prospérité relative des divers Etats membres et qu'il dégage des ressources supplémentaires, notamment en vue de créer un nouveau *fonds européen de cohésion* destiné à financer des investissements de base dans les pays les moins prospères de la Communauté.

Il est à noter que la perspective de nouvelles (et peut-être nombreuses) adhésions et de leurs conséquences institutionnelles n'ont pas, jusqu'ici, été véritablement prises en considération par la Conférence intergouvernementale, même si elles ont été parfois évoquées.

Quel est maintenant l'état de la négociation sur ces trois grands chapitres? Une remarque préliminaire s'impose: la négociation n'a pas réellement commencé. Certes, on a dépassé le stade de la présentation des multiples propositions des délégations et de la Commission, et de l'identification des positions de chacun. La présidence luxembourgeoise, en déposant, à la mi-avril, un premier projet global — sous forme d'un ample document de travail (*non-paper*, dans la terminologie de la conférence) — a entendu ouvrir

une nouvelle phase des travaux. Son document, quelles que soient les critiques qu'il a pu susciter, a le grand mérite de fournir un fil conducteur pour la suite des discussions. Toutefois, la conférence n'a pas encore atteint l'étape des concessions réciproques en vue d'aboutir à une position commune sur les questions les plus importantes. Sans doute, le conseil européen des 28 et 29 juin et les réunions ministérielles qui le précéderont vont-ils conduire à faire passer la conférence à la vitesse supérieure.

Parlons d'abord de la politique extérieure et de sécurité commune. La conférence a abordé cette question majeure par le biais de la procédure: organe de décision (Conseil européen ou Conseil), rôle des gouvernements, de la présidence, de la Commission, consensus, unanimité ou majorité. En ce domaine, la Commission, dans la ligne du rapport Martin du Parlement, a soumis une proposition particulièrement élaborée, qui conduisait à *communautariser* très largement la politique extérieure et de sécurité, sans ignorer la défense.

Il est apparu assez vite qu'une entente sur le fond devait précéder tout accord sur la procédure et que l'aspect *sécurité* était de première importance si la politique extérieure commune devait avoir un contenu véritable, et ne pas se limiter à des prises de positions sur la corne de l'Afrique, la Birmanie ou l'Amérique centrale – si importants que soient les problèmes de ces régions. Force est de reconnaître qu'entre les Douze il n'y a pas ou qu'il n'y a pas encore aujourd'hui d'accord complet sur la politique de sécurité à mener en Europe. Indépendamment de la position de l'Irlande, la France ne participe pas à l'organisation militaire du Pacte atlantique et a une autre conception stratégique que ses partenaires. Cette situation est en cours d'évolution, en liaison avec des discussions dans l'Alliance atlantique sur l'organisation et les finalités futures du pacte – mais il est difficile de prévoir aujourd'hui quelle sera leur conclusion.

Il en résulte un clivage profond dans la conférence entre ceux qui sont prêts à envisager la formation d'un *pilier européen* dans l'Alliance atlantique (au travers d'une insertion progressive de l'Union de l'Europe occidentale dans la future union politique) et ceux qui se refusent à toute formule qui risquerait d'affecter le bon fonctionnement de l'OTAN, garant de la sécurité de l'Europe. Le Royaume-Uni et les Pays-Bas défendent fermement cette position, qui est confortée par les préoccupations exprimées avec insistance par les Etats-Unis.

Il me semble probable qu'un consensus se dégagera finalement aussi bien au sein de l'OTAN que de la conférence, pour une prise en compte réelle des questions de sécurité dans l'Union, et sans doute aussi pour qu'une référence soit faite à la défense, en tant que développement possible dans le futur (les pays qui insistent sur une politique européenne de défense semblent prêts à se contenter d'une telle référence). Par contre, la *communautarisation* de la politique extérieure et de sécurité commune a peu de

chances d'être retenue. Très peu de délégations la soutiennent. Il faudra corriger une présentation maladroite de la présidence, qui a créé l'impression que le Conseil européen était la seule *institution* commune de l'Union et qu'il coiffait, voire pouvait mettre en tutelle la Communauté et ses institutions – ce qui n'est certainement pas l'intention du Grand-Duché. Les passerelles déjà établies par l'Acte unique entre Communauté et coopération politique seront renforcées: droit d'initiative de la Commission, rôle accru du Parlement, clause de révision, etc. Un assouplissement de l'exigence du consensus serait possible.

Ce qui sera retenu pour la politique extérieure commune servira probablement de modèle pour l'insertion dans le cadre de l'Union des autres actions intergouvernementales que j'ai citées. La clause évolutive est très importante dans ce domaine. Certaines de ces actions, par exemple celles qui touchent aux règles régissant l'accueil et le séjour des ressortissants de pays tiers, sont mûres pour une *communautarisation* rapide.

Deuxième dossier clé, la démocratisation de la Communauté. N'hésitons pas à le dire, les perspectives sont médiocres.

La préoccupation clairement affichée, ou sous-jacente, de la plupart des délégations est le risque de blocage des décisions, du fait de l'écart trop grand entre ce que peut accepter le Conseil et ce que peut réclamer le Parlement. La procédure de coopération, mise en place depuis 1987, a pourtant été appliquée sans heurts, mais on assiste aujourd'hui, tant sur le dossier institutionnel que sur d'autres dossiers sensibles (directives sociales, par exemple) à un durcissement du Parlement qui souligne la différence de nature des deux institutions et l'écart entre leurs positions.

L'approche de la présidence est, ici, de prévoir la codécision (suivant une procédure un peu compliquée, mais pas tellement plus complexe que l'actuelle procédure de coopération) pour un nombre limité de dossiers, spécifiquement identifiés. Les actes ainsi adoptés seraient appelés *lois*, mais nous sommes, en fait, très loin de la *hiérarchie des normes* proposée par l'Italie et formalisée par la Commission. Pour sa plus grande part, la législation communautaire continuerait de relever de la procédure de coopération dont le champ d'application serait étendu.

Il me semble peu probable que la conférence puisse aller beaucoup plus loin, tant l'opposition (ou les réticences) de plusieurs délégations (et pas seulement de la Grande-Bretagne) sont fortes à l'égard de la codécision: une extension du nombre de cas d'application – vraiment très réduit dans les *non-papiers* actuels – reste toutefois un objectif réaliste.

Les perspectives sont probablement meilleures pour les autres aspects de la *démocratisation*: investiture de la Commission par le Parlement, avis conforme pour un nombre accru d'accords internationaux, droit d'enquête et de pétition.

La notion de *citoyenneté européenne* sera reprise dans le Traité, son contenu restant fondé sur la réglementation existante et les réglementations à venir. Il sera probablement difficile d'obtenir que le droit de séjour dans toute la Communauté soit inscrit dans des conditions qui assurent son applicabilité directe. Par contre, son principe (à organiser rapidement ensuite) est *quasi* acquis. De même, malgré les difficultés constitutionnelles de certains pays, le droit de vote aux élections locales et européennes dans l'Etat où il réside devrait être reconnu à tout citoyen de l'Union, sous réserve des modalités et délais d'application.

J'en viens au troisième volet, la révision générale du Traité. Les perspectives me semblent plutôt meilleures que pour le précédent chapitre. Il existe un large préjugé favorable à l'extension du vote majoritaire au Conseil. La plupart des délégations y semblent déjà acquises dans plusieurs domaines, par exemple, l'environnement et la recherche.

L'ouverture sociale de la Communauté devrait également aboutir. Onze délégations y sont prêtes dans le principe, et les divergences entre elles sont surmontables. La principale réserve vient du Royaume-Uni, et il semble difficile qu'il puisse la maintenir jusqu'au bout. Cela conduirait à une large extension du domaine de compétence communautaire en matière de législation sociale. Seules seraient exclues des questions comme le droit de grève, le droit syndical ou le niveau des rémunérations. La plupart des décisions pourraient être prises à la majorité qualifiée, ce qui éliminerait les blocages actuels sur la mise en œuvre de la *Charte sociale*. Plusieurs compléments du Traité (en matière d'éducation ou de culture, par exemple) ainsi que le renforcement des textes sur la recherche et l'environnement ne devraient pas se heurter à des obstacles majeurs.

Reste la demande espagnole sur la cohésion économique et sociale et la création du fonds de cohésion. Ses chances semblent faibles, tant est résolue l'opposition d'un bon nombre de délégations, mais l'Espagne semble également déterminée, et il est probable que le dossier remontera jusqu'aux dernières réunions du Conseil européen avant de trouver une conclusion qui devrait au moins rendre possible un nouveau *paquet Delors* – je me réfère aux décisions, prises en 1988, qui comportaient notamment le doublement des fonds structurels, décision que les délégations avaient refusé de prendre pendant la négociation sur l'Acte unique.

Bien entendu, cette évaluation de l'état actuel de la conférence et plus encore les hypothèses sur le contenu possible des accords sont l'expression d'une appréciation très personnelle que d'autres, plus autorisés sans doute, pourront facilement contester. Sur la base de cette évaluation, les résultats de la Conférence sur l'union politique seraient certes très éloignés des demandes du Parlement européen ou des propositions initiales du gouvernement italien ou de la Commission, mais ce serait, malgré tout, plus et mieux qu'un simple *Acte unique bis*, pour reprendre une formule du président Delors. Je dois souligner que, pour parvenir à un tel résultat, il faudra que les délégations les plus engagées (l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas, l'Allemagne) fassent preuve de beaucoup de détermination et de pugnacité.

Dernière considération: l'union politique européenne ne sera évidemment pas réalisée à la fin de la conférence qui lui est consacrée – et il serait sans doute préférable que le terme d'Union européenne ne soit pas repris dans le Traité, par simple souci d'honnêteté... Mais, si l'accord se fait sur l'union économique et monétaire, nous aurons mis un tigre dans le moteur de la Communauté, et, comme je l'évoquais au début de cet exposé, un nouveau déséquilibre dynamique aura été organisé, et nous pourrions nous attendre à d'autres lendemains...

This certificate is a full and complete statement of the assets and liabilities of the Union Pacific Corporation as of the date hereof, and is subject to the audit of the Board of Directors of the Corporation. The assets and liabilities are set forth in the accompanying statement of assets and liabilities, and the total of the assets and liabilities is equal to the total of the capital and surplus of the Corporation. The assets and liabilities are set forth in the accompanying statement of assets and liabilities, and the total of the assets and liabilities is equal to the total of the capital and surplus of the Corporation.

The assets and liabilities are set forth in the accompanying statement of assets and liabilities, and the total of the assets and liabilities is equal to the total of the capital and surplus of the Corporation. The assets and liabilities are set forth in the accompanying statement of assets and liabilities, and the total of the assets and liabilities is equal to the total of the capital and surplus of the Corporation.

The assets and liabilities are set forth in the accompanying statement of assets and liabilities, and the total of the assets and liabilities is equal to the total of the capital and surplus of the Corporation. The assets and liabilities are set forth in the accompanying statement of assets and liabilities, and the total of the assets and liabilities is equal to the total of the capital and surplus of the Corporation.

Conférence Robert Schuman
sur le droit communautaire

Conférence Robert Schuman
sur le droit communautaire

Article 5 du traité CEE

Une disposition de caractère fédéral?

I. L'article 5 en tant que règle de droit commun	23
II. L'article 5 en tant que règle de droit fédéral	27
III. L'article 5 en tant que disposition d'exception	31
Conclusion	35

OLE DUE

Article 2 du traité CEE
Une disposition de caractère fédéral?

par

OLÉ ROU

Table des matières

Introduction		23
I. L'article 5 en tant que renfort à d'autres dispositions		24
II. L'article 5 en tant que base d'obligations des Etats membres		27
III. L'article 5 en tant qu'expression d'un principe général de coopération mutuelle		31
Conclusion		35

Biographie

Né le 10 février 1931. En 1955 il termine ses études de droit et entre au ministère de la Justice. Chef de division en 1970 et directeur en 1975. Depuis 1978, juge intérimaire à la Cour d'appel.

Secrétaire et par la suite président de la commission chargée d'adapter les lois promulguées avant l'adhésion du Danemark aux Communautés européennes, 1962-1972.

Délégué permanent aux conférences portant sur les ajustements à apporter aux mesures communautaires en vue de l'élargissement des Communautés et sur l'élaboration des dispositions législatives du traité d'adhésion, etc., 1970-1972.

Membre de la délégation danoise à la Conférence de la Haye sur le droit privé international, 1964-1976.

Directeur de cours et professeur en droit communautaire auprès de la Danmarks Juristforbund (Association juridique du Danemark), de la Danmarks Forvaltningshøjskole (Ecole administrative supérieure du Danemark) et de l'Advokatrådet (Conseil d'avocats), 1964-1973.

Depuis le 7 octobre 1979, juge à la Cour de justice des Communautés européennes.

Depuis le 7 octobre 1988, président de la Cour de justice des Communautés européennes.

Membre honoraire de l'ordre des avocats Gray's Inn, Londres.

Membre honoraire de l'ordre des avocats King's Inn, Dublin.

Docteur *honoris causa* de l'université de Stockholm.

Publications principales

Livres

EF-Lovregister 1973-1975 (1973-1975);

(avec O. Lando et W.E. von Eyben) *KARNOVS EF – Samling* (1re éd. 1973, 2e éd. 1978);

(avec B. Christensen et P. Lilholt) *Kommenteret Færdselslov* (1979).

Articles

(avec C. Gulmann) «Constitutional Implications of the Danish Accession to the European Communities», 9 *CML Rev.* (1972) 256;

«Denmark on the Treshold», 10 *CML Rev.* (1973) 355;

«EF og Den danske Centraladministration», *Nordisk Administrativt Tidsskrift* n° 1 (1973) 1;

«EF-lovene», *Juristen* n° 2 (1973) 31;

«Et år i EF», *Svensk Juristtidning* n° 5 (1974) 353;

«Nordisk lovgivning og de Europæiske Fællesskaber», 27th Congress of Nordic Jurists (1975);

«Supplement 1978-1984 til EF-Karnov», *Juristen* n° 7 (1985) 265;

«Individual Rights in Community Law – Balancing Different Interests», *EEC-Law and Nordic Commercial Relations with the Communities* (1985) 35;

«Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire», *CDE* n° 4-5 (1987) 383;

«Kontradiktionsprincippet i Fællesskabernes Forvaltningsret», *Ugeskrift for Retsvæsen* n° 39 (1987) 321;

«Verfahrensrechte der Unternehmer im Wettbewerbsverfahren vor der Kommission der Europäischen Gemeinschaften», *Europarecht* n° 1 (1988) 33;

«The Court of First Instance», 8 *YEL* (1988) 1;

«Le renvoi préjudiciel, un cas de répartition des responsabilités au niveau juridictionnel», *L'administration française face à l'intégration européenne* (1990);

«Retsmidler mod EF-Rådets Passivitet», *Ugeskrift for Retsvæsen* n° 38 (1990) 345;

«Legal Remedies for the Failure of European Community Institutions to Act in Conformity with EEC Treaty Provisions», 14 *Fordham Int'l.L.J.* (1990) 341;

«Presenting the Case Orally», *Butterworth's Guide to European Court Practice* (1990).

Introduction

Aux termes de l'article 5 du traité CEE:

Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.

Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité.

Cette disposition reprend, dans une large mesure, les termes de l'article 86, premier et deuxième alinéas, du traité CECA et nous retrouvons ces mêmes termes à l'article 192 du traité Euratom.

Cependant, ce n'est que dans le cadre du traité CEE que cette disposition a joué un rôle important pour le développement du droit communautaire.

Déjà la place que la disposition occupe dans les trois traités pourrait d'ailleurs être comprise comme indiquant une certaine différence quant à la signification du principe y exprimé. Dans les traités CECA et Euratom, nous trouvons cet article parmi les dispositions générales vers la fin des Traités, alors que dans le traité CEE, il fait partie des principes énoncés dans la première partie de ce Traité. Cette place au même niveau que, par exemple, l'interdiction générale de toute discrimination exercée en raison de la nationalité fait apparaître qu'il ne s'agit pas tout simplement d'une version, spécifiquement adaptée aux besoins communautaires, de la règle *Pacta sunt servanda*, principe universellement reconnu dans le droit des traités internationaux.

La disposition suit immédiatement celle sur les institutions communautaires. Dans ce fait, il est possible de voir l'indication que les Etats membres constituent, en quelque sorte, des organes de la Communauté. Cette impression est confortée lorsqu'on regarde les deux articles dans le contexte de l'ensemble du système instauré par le traité CEE.

D'une part, en règle générale, cette Communauté ne dispose pas d'un pouvoir exécutif proprement dit. D'autre part, une grande partie des actes des institutions sont arrêtés sous forme de règles directement applicables dans tous les Etats membres. Les institutions communautaires doivent donc atteindre les objectifs du Traité notamment par l'intermédiaire des Etats membres ou plus précisément par l'intermédiaire des autorités de ces Etats. Il se crée ainsi une relation directe entre institutions communautaires et autorités nationales qui distingue la Communauté d'autres organisations internationales. Cette relation particulière est encore soulignée et renforcée par le système de renvois judiciaires prévu à l'article 177.

Il n'est donc pas surprenant que l'article 5 du traité CEE ait joué un rôle important dans la jurisprudence de la Cour de justice.

En tant que principe fondamental du droit communautaire, l'article 5 constitue un élément d'interprétation important. Il empêche toute interprétation restrictive des obligations imposées aux Etats membres par les règles spécifiques du Traité ou de droit dérivé et il renforce de telles obligations spécifiques.

L'article 5 forme également la base juridique de certaines obligations des Etats membres qui ne peuvent pas être déduites d'autres dispositions du Traité, mais qui sont nécessaires en vue d'atteindre les objectifs de la Communauté ou, en reprenant les mots de la disposition, pour faciliter à celle-ci l'accomplissement de sa mission et pour éviter de mettre en péril la réalisation des buts du Traité.

Enfin – et c'est probablement le développement le plus intéressant, – la Cour voit, dans cet article, l'expression d'un principe plus général, imposant une obligation réciproque de coopération loyale entre institutions communautaires et autorités nationales et entre ces dernières autorités en vue de promouvoir les objectifs du Traité.

Par la suite, je donnerai certains exemples de la jurisprudence récente en ce qui concerne chacun de ces trois aspects de l'article 5.

I. L'article 5 en tant que renfort à d'autres dispositions

Nous trouvons la formule classique dans un des premiers arrêts mentionnant l'article 5.¹ Aux termes de cet arrêt, l'article 5, alinéa 2, du Traité «énonce une obligation générale des Etats membres, dont le contenu concret dépend, dans chaque cas particulier, des dispositions du Traité ou des règles qui se dégagent de son système général». Selon cette formule, l'article 5 déploie ses effets par l'intermédiaire de règles spécifiques dont il constitue la toile de fond.

Nous retrouvons cette idée dans la jurisprudence récente concernant d'autres dispositions imposant aux Etats membres une obligation claire et précise. Ainsi, dans l'arrêt du 14 juin 1990, *Commission c. Italie*,² la Cour a jugé qu'étant donné que la défenderesse avait manqué à ses obligations spécifiques découlant d'une directive, il était sans intérêt d'examiner la question de savoir si elle avait, de ce fait, également manqué à ses obligations découlant de l'article 5 du Traité. En d'autres termes, l'article 5, en

1 Arrêt du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, affaire 78/70, Rec. 487.

2 Affaire C-48/89, Rec. I-2425.

tant que règle générale, ne doit pas être invoqué si la règle spécifique suffit pour constater le manquement.

Il en va autrement si le comportement incriminé dépasse le seul manquement aux dispositions spécifiques. Dans l'affaire C-374/89, *Commission c. Belgique*,³ la Commission avait entamé la procédure en manquement à plusieurs reprises pour, ensuite, soit surseoir à la saisine de la Cour, soit se désister de son recours en raison des promesses faites par le gouvernement belge qui, toutefois, n'avait pas tenu ses engagements. Dans cette affaire, la Cour a condamné la Belgique pour manquement aux obligations découlant non seulement de la directive en cause, mais également de l'article 5 du Traité.

L'article 5 sort également de son anonymat dans tous les cas où l'obligation reconnue par la Cour va au-delà de ce qu'on peut déduire directement du libellé de la disposition spécifique.

Selon une jurisprudence constante, le droit, pour un justiciable de la Communauté, d'invoquer une disposition inconditionnelle et suffisamment précise d'une directive à l'encontre d'un Etat membre qui a transposé cette directive tardivement ou de manière incorrecte est basé, notamment, sur l'effet contraignant que l'article 189, troisième alinéa, reconnaît à la directive. Toutefois, interrogée directement par le *Bundesverwaltungsgericht* sur le fondement juridique de ce droit, la Cour, dans son arrêt du 20 septembre 1988, *Moormann*,⁴ s'est référée aussi bien à l'article 5 qu'à l'article 189. En ce qui concerne l'obligation, pour toutes les autorités nationales, de faire leur possible en vue d'atteindre le résultat visé par une directive non transposée et n'ayant pas d'effet direct, la Cour a, dès le début, basé cette obligation sur l'article 5. Je renvoie, sur ce point, à l'arrêt du 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*,⁵ et en dernier lieu, à l'arrêt du 13 novembre 1990, *Marleasing*,⁶ qui a donné un caractère encore plus contraignant à cette obligation.

L'article 5 vient également au renfort de l'article 189 pour ce qui concerne le respect des règlements. Même si le deuxième alinéa de ce dernier article prescrit l'application directe des règlements et – selon la jurisprudence de la Cour – avec primauté par rapport à toute règle nationale, la Cour a toujours insisté sur la nécessité d'une abrogation formelle des dispositions législatives ou réglementaires incompatibles avec la règle communautaire. L'introduction ou le maintien inchangé, dans la législation d'un Etat membre, d'une telle disposition, donne lieu à une situation de fait ambiguë en maintenant les sujets de droit concernés dans un état d'incertitude

3 Arrêt du 19 février 1991, Rec. I-367.

4 Affaire 190/87, Rec. 4689.

5 Affaire 14/83, Rec. 1891.

6 Affaire C-106/89, Rec. I-4135.

quant aux possibilités qui leur sont réservées de faire appel au droit communautaire. Dans l'affaire 74/86, *Commission c. Allemagne*,⁷ une telle situation a valu, à la République fédérale d'Allemagne, la condamnation pour manquement aussi bien à l'article 5 qu'à l'article 189 combiné avec le règlement en cause.

A l'aide de l'article 5, la Cour a également pu préciser certaines obligations imposées aux Etats membres, notamment par la réglementation agricole. Ainsi, la Commission peut exiger qu'une aide partiellement financée par la Communauté soit payée par les Etats membres dans un délai qui réponde à l'objectif de l'aide en cause. Inversement, des sommes indûment payées doivent être récupérées avec la promptitude et la diligence nécessaires, bien que la réglementation n'ait fixé aucun délai.⁸ De la même manière, l'article 5 vient au renfort de la réglementation communautaire lorsque celle-ci ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales. Dans un tel cas, l'article 5 impose aux Etats membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. Ces Etats doivent veiller à ce que les violations de ce droit soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires. En outre, les autorités nationales doivent procéder avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre des législations nationales correspondantes. En conséquence, la Grèce, en omettant d'engager des poursuites pénales ou disciplinaires prévues par la législation nationale à l'encontre des auteurs de fraude concernant certains lots de maïs yougoslave exportés vers la Belgique comme étant d'origine grecque, avait manqué à l'article 5.⁹ Dans cet arrêt aussi bien que dans celui du 10 juillet 1990, *Hansen & Son*,¹⁰ concernant la possibilité de prévoir la responsabilité pénale objective du transporteur pour des violations, commises par son chauffeur, des règles communautaires sur le temps de conduite et de repos, la Cour a souligné que les règles nationales doivent, en tout état de cause, conférer à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif.

La Cour a également fait appel à l'article 5 en vue de renforcer les obligations que certaines dispositions spécifiques du Traité imposent aux Etats membres. Si les articles 48 et 52 du Traité n'accordent, selon leur libellé, que le droit d'exercer une activité salariée ou indépendante dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'Etat d'accueil, alors que la reconnais-

7 Arrêt du 26 avril 1988, Rec. 2139.

8 Voir les arrêts du 14 novembre 1989, *Italie c. Commission*, affaire 14/88, Rec. 3677 et du 11 octobre 1990, *Italie c. Commission*, affaire C-34/89, Rec. I-3603.

9 Arrêt du 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, affaire 68/88, Rec. 2965.

10 Affaire C-326/88, Rec. I-2911.

sance mutuelle de diplômes doit être réglée par le législateur communautaire en vertu de l'article 57, la Cour a jugé que, même en l'absence d'une telle réglementation, l'Etat d'accueil est tenu de prendre en considération des diplômes étrangers équivalents.¹¹

Le protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes a également été interprété à la lumière de l'article 5. Bien que ce protocole ne prévoie aucune exemption fiscale en faveur des membres du Parlement européen, la Cour a considéré, dans son arrêt du 15 septembre 1981, *Lord Bruce of Donington*,¹² que les Etats membres ne peuvent pas soumettre à l'impôt national les indemnités forfaitaires de voyage et de séjour versées par le Parlement. La Cour en trouvait la base juridique pour partie dans l'article 8, premier alinéa, du protocole, qui interdit toute restriction d'ordre administratif ou autre au libre déplacement des membres du Parlement, pour partie dans l'article 5 du Traité. De même, dans l'arrêt du 18 mars 1986, *Commission c. Belgique*,¹³ la Cour a considéré que le fait de ne pas exempter les fonctionnaires communautaires de la taxe sur les résidences secondaires, imposée par certaines communes belges aux personnes non inscrites aux registres de la population, avait pour effet indirect de les contraindre à demander une telle inscription. Elle a jugé une telle obligation contraire à l'article 12, lettre b, du protocole en liaison avec l'article 5 du Traité.

II. L'article 5 en tant que base d'obligations des Etats membres

Dans plusieurs des cas déjà cités, on peut se demander si l'article 5 a joué le rôle d'un élément d'interprétation à l'égard de la disposition spécifique ou s'il n'a pas plutôt constitué la base juridique véritable d'une obligation ne pouvant être déduite de ladite disposition. Dans les exemples qui suivent, il s'agit clairement de ce dernier cas de figure.

Le défaut d'une disposition spécifique imposant une obligation, pourtant indispensable, aux Etats membres s'est fait sentir assez tôt dans le domaine de la concurrence. A première vue, le système instauré par le Traité dans ce domaine semble complet. L'article 85 interdit les accords anti-concurrentiels et l'article 86 interdit l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché. Les destinataires de ces interdictions sont les

11 Voir – pour les entraîneurs sportifs – l'arrêt du 15 octobre 1987, *Heylens*, affaire 222/86, Rec. 4097, – pour les avocats – l'arrêt du 28 avril 1977, *Thieffry*, affaire 71/76, Rec. 765 et, en dernier lieu, l'arrêt du 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, affaire C-340/89, non encore publié au Recueil.

12 Affaire 208/80, Rec. 2205.

13 Affaire 85/85, Rec. 1149.

entreprises et non pas les Etats membres. Certes, ceux-ci peuvent avoir un intérêt à restreindre la concurrence dans la mesure où ils participent eux-mêmes à la vie économique par l'intermédiaire d'entreprises publiques ou d'entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs; mais cette situation est couverte par l'article 90 qui interdit aux Etats membres d'édicter ou de maintenir des mesures contraires notamment aux articles 85 et 86 en ce qui concerne de telles entreprises. Pour le reste, le Traité semble partir de l'idée que les Etats membres sont eux-mêmes intéressés à promouvoir la libre concurrence.

Or, dans un esprit presque «corporatiste», certains Etats membres coopèrent avec les associations d'entreprises en vue de restreindre la concurrence dans certains secteurs, par exemple en étendant les effets des accords conclus entre entreprises, membres d'une association, aux entreprises non membres. Une telle réglementation étatique ne constitue aucune violation ni de l'article 85 ni de l'article 90, mais elle est de nature à compromettre la politique de concurrence de la Communauté. Pour employer les termes de l'article 5, deuxième alinéa, elle met en péril la réalisation d'un des buts du Traité, à savoir l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun, but prévu à l'article 3, lettre f.

Pour cette raison, la Cour a jugé, dans son arrêt du 3 décembre 1987, *Bureau national interprofessionnel du cognac*,¹⁴ qu'un arrêté ministériel qui détermine l'extension d'un accord interprofessionnel contraire à l'article 85, premier alinéa, viole l'article 5 lu en combinaison avec les articles 3, lettre f et 85 du Traité. De même, dans son arrêt du 1er octobre 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*,¹⁵ la Cour a estimé contraire auxdites dispositions le fait d'imposer, par une disposition législative ou réglementaire, aux agents de voyage de respecter les prix et les tarifs fixés par les *tour-operators* et d'interdire aux mêmes agents de partager leurs commissions avec les clients, étant donné que ces obligations avaient pour origine un réseau d'accords tant entre les agents eux-mêmes qu'entre les agents et les *tour-operators*, accords contraires à l'article 85.

Si de telles tendances «corporatistes» se manifestent notamment dans certains des Etats membres, le secteur du transport aérien est, dans tous les Etats membres, caractérisé par une combinaison de réglementations étatiques et d'accords interprofessionnels, souvent conclus sous l'influence de la position dominante de la compagnie aérienne nationale. La jurisprudence selon laquelle l'article 5 oblige les Etats membres à ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des articles 85 et 86 a donc produit ses effets les plus spectaculaires dans ce secteur. A cet égard, je renvoie en dernier lieu à l'arrêt du 11 avril 1989,

14 Affaire 136/86, Rec. 4789.

15 Affaire 311/85, Rec. 3801.

Ahmed Saeed Flugreisen,¹⁶ selon lequel les articles 5 et 90 du Traité interdisent aux autorités nationales de favoriser la conclusion d'accords qui seraient contraires à l'article 85 ou, éventuellement, à l'article 86, ou d'approuver des tarifs résultant de tels accords, à moins que ces mesures ne soient indispensables à l'accomplissement d'une mission d'intérêt général imposée à des transporteurs aériens et dont la nature et la répercussion sur la structure des tarifs sont clairement établies.

Déjà dans ses arrêts du 16 décembre 1976, *Rewe et Comet*,¹⁷ la Cour a jugé que, par application du principe de coopération énoncé à l'article 5, il incombe aux juridictions des Etats membres d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire. Ces arrêts, suivis par une jurisprudence constante, ont reconnu qu'en l'absence de réglementation communautaire en matière de contestation ou de récupération de taxes nationales illégalement réclamées ou indûment perçues, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre d'en régler les modalités, mais à condition qu'elles ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne et qu'en aucun cas elles ne rendent pratiquement impossible l'exercice des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder, par exemple en fixant des règles de preuve ou des délais de prescription draconiens.

Ainsi qu'il ressort, notamment, de l'arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal II*,¹⁸ la protection des droits des justiciables, devant être assurée par les juridictions nationales, comporte l'obligation d'écarter toute disposition nationale formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires.

C'est en combinant les jurisprudences *Rewe et Simmenthal* que la Cour, dans son arrêt du 19 juin 1990, *Factortame*,¹⁹ a statué qu'un juge national qui considère qu'un droit invoqué sur la base du droit communautaire a besoin d'être protégé par des mesures provisoires en attendant la décision statuant sur l'existence de ce droit, mais qui se heurte à une règle nationale interdisant l'octroi de telles mesures, doit écarter l'application de cette règle.

Les droits qui, selon les arrêts que je viens de citer, doivent être protégés par les juridictions nationales sont ceux qui découlent de règles communautaires suffisamment précises et inconditionnelles pour être invoquées par le justiciable. Est-ce qu'il existe un devoir de protection moins directe, mais plus générale sous la forme d'une réparation du dommage causé au justiciable par un Etat membre ayant violé le droit communautaire? En particu-

16 Affaire 66/86, Rec. 803.

17 Affaire 33/76 Rec. 1989 et affaire 45/76, Rec. 2043.

18 Affaire 106/77, Rec. 629.

19 Affaire 213/89, Rec. I-2433.

lier, un Etat membre est-il obligé de réparer les dommages découlant, pour les justiciables, de la non-transposition d'une directive ne remplissant pas les conditions pour être invoquée directement devant les juridictions nationales? Telle est la question à laquelle la Cour vient de répondre dans les affaires préjudicielles *Francovich et Bonifaci c. République italienne*.²⁰

La Cour, en suivant les conclusions de l'avocat général,²¹ a estimé que les règles de la directive en cause, qui n'avaient pas été pleinement mises en œuvre par l'Italie – ce que la Cour avait d'ailleurs déjà constaté par un arrêt en manquement²² – n'étaient pas suffisamment inconditionnelles pour accorder aux justiciables le droit de demander les prestations y prévues. Toutefois, en rappelant les devoirs des juridictions nationales d'assurer, dans le cadre de leurs compétences, le plein effet du droit communautaire et de protéger les droits qu'il confère aux particuliers, la Cour a déduit, notamment de l'article 5, une obligation générale pour les Etats membres de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables. La Cour a souligné que les conditions dans lesquelles le droit communautaire ouvre un droit à réparation dépendent de la nature de la violation, mais que, pour la non-transposition d'une directive, il suffit que celle-ci vise l'attribution de droits au profit de particuliers, que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive et qu'il y ait un lien de causalité entre la non-transposition et le dommage.

Il n'est guère nécessaire, pour moi, de souligner l'importance de cet arrêt. Par le biais de l'article 5, il met à la disposition du particulier une arme très puissante contre toute violation par un Etat membre d'une règle communautaire destinée à protéger les particuliers.

Par le biais de l'article 5, la Cour peut même être amenée à reconnaître des obligations des Etats membres dans un domaine qui, par ailleurs, ne fait pas partie du droit communautaire et qui, partant, échappe à la compétence de la Cour. Tel est le cas des règles concernant la création des écoles européennes et fixant le statut des personnes y enseignant. Toutefois, en soumettant à leurs impôts nationaux les traitements versés par les écoles européennes, les Etats membres pourraient, en raison du mécanisme correcteur prévu par ces règles, augmenter les montants des traitements à payer par les écoles et, partant, la charge qui incombe au budget de la Communauté. Le même résultat se produirait si un Etat membre réduisait le traitement d'attente octroyé aux membres du personnel de l'enseignement national détachés auprès des écoles européennes. Or, cette manière de déplacer des

20 Arrêt du 19 novembre 1991, affaires jointes C-6 et 9/90, non encore publié au Recueil.

21 Conclusions de l'avocat général Jean Mischo du 28 mai 1991.

22 Arrêt du 2 février 1989, *Commission c. Italie*, affaire 22/87, Rec. 143.

dépenses du budget national au budget communautaire est contraire à l'article 5.²³

Dans le même ordre d'idées, mais présentant un intérêt plus général, il convient de mentionner l'arrêt du 7 mai 1987, *Commission c. Belgique*.²⁴ Dans cette affaire, la Belgique avait introduit des dispositions concernant le cumul d'allocations familiales belges avec les allocations de même nature prévues par le Statut des fonctionnaires communautaires. La Cour estimait que ces dispositions étaient contraires aux règles anticumul du Statut, mais condamnait également la Belgique pour manquement à l'article 5 du Traité en omettant d'engager des consultations avec la Commission à propos des dispositions qu'elle envisageait d'introduire. Il n'est pas impossible de comprendre cet arrêt comme reconnaissant une obligation générale des Etats membres de consulter la Commission avant de prendre des mesures susceptibles d'avoir un quelconque effet défavorable sur l'accomplissement des missions de la Communauté, même dans des domaines où aucune disposition spécifique n'impose un devoir de consultation.

Il est également possible de déduire de l'article 5 une obligation générale des Etats membres de fournir à la Commission toute information susceptible de faciliter l'accomplissement des missions de celle-ci, même si le Conseil n'a pas fait usage du pouvoir à lui conféré par l'article 213. De toute manière, la Cour a reconnu une telle obligation au cas où, à première vue, le droit à la discrétion pourrait sembler être de mise, à savoir les recours en manquement. Il est de jurisprudence constante que, en vertu de l'article 5, les Etats membres sont tenus de coopérer de bonne foi à toute enquête entreprise par la Commission en vertu de l'article 169 du Traité et de fournir à celle-ci toutes les informations demandées à cette fin. Dans certaines affaires, le manquement à cette obligation a donné lieu à des condamnations.²⁵

III. L'article 5 en tant qu'expression d'un principe général de coopération mutuelle

Par ces derniers exemples d'un devoir général d'information et de consultation, nous nous approchons du développement le plus intéressant de la jurisprudence récente concernant l'article 5, à savoir la reconnaissance d'une obligation générale de coopération mutuelle entre institutions communautaires et autorités nationales.

23 Voir l'arrêt du 15 janvier 1986, *Hurd*, affaire 44/84, Rec. 29 et l'arrêt du 5 avril 1990, *Commission c. Belgique*, 6/89, Rec. I-1595.

24 Affaire 186/85, Rec. 2029.

25 Voir, entre autres, les arrêts du 24 mars 1988, *Commission c. Grèce*, affaire 240/86, Rec. 1835 et du 12 juillet 1990, *Commission c. Grèce*, affaire C-35/88, Rec. I-3125.

Selon ses termes, l'article 5 s'adresse aux seuls Etats membres. Notamment ces dernières années, la Cour a toutefois considéré cette disposition comme l'expression d'un principe plus général qui oblige les institutions et les Etats membres à coopérer loyalement en vue d'atteindre les objectifs de la Communauté. Ce principe impose des obligations non seulement aux Etats membres, mais également aux institutions communautaires. Il oblige également les autorités d'un Etat membre à assister les autorités d'un autre Etat membre, lorsqu'une telle assistance est nécessaire pour atteindre les buts visés par le Traité.

La coopération entre Etats membres et Commission s'impose notamment lorsque, dans une matière où la compétence exclusive revient à la Communauté, le Conseil n'a pas réussi à adopter les mesures nécessaires. Vers la fin des années soixante-dix, telle était la situation pour les mesures de conservation des ressources biologiques de la mer. Par certains arrêts et notamment par celui du 5 mai 1981, *Commission c. Royaume-Uni*,²⁶ la Cour a déduit de l'article 5 un droit et même un devoir pour les Etats membres d'agir comme gestionnaires de l'intérêt commun en prenant les mesures intérimaires requises par la situation dans le cadre d'une collaboration avec la Commission. Les Etats membres devaient consulter la Commission et rechercher de bonne foi son approbation et ils ne devaient pas instituer des mesures de conservation nationales à l'encontre d'objections, de réserves ou de conditions formulées par la Commission.

De son côté, la Commission a, dans une telle situation, le devoir de participer activement à une telle procédure de coopération. Cela ressort implicitement, entre autres, de l'arrêt du 15 décembre 1987, *Irlande c. Commission*,²⁷ dans lequel la Cour a constaté qu'en l'espèce une procédure de coopération n'avait pas été engagée bien qu'un échange d'informations ait eu lieu entre le gouvernement irlandais et la Commission. Sans essayer de placer la responsabilité du défaut de coopération, la Cour a jugé que la Commission ne pouvait refuser de financer à charge du FEOGA les interventions à l'égard des captures dépassant les quotas prévus aux propositions que la Commission avait soumises au Conseil, mais que le Conseil n'avait pas adoptées.

Egalement dans d'autres secteurs de la politique agricole commune, la Cour s'est basée sur l'article 5 pour reconnaître aux Etats membres le pouvoir de prendre des mesures unilatérales lorsque la carence du législateur communautaire concerne des règles indispensables au fonctionnement du marché dans des conditions normales de concurrence et de transparence. Mais la Cour a pris soin de souligner que ces mesures nationales ne peuvent avoir qu'un caractère intérimaire et provisoire et qu'il doit être mis fin

26 Affaire 804/79, Rec. 1045.

27 Affaire 325/85, Rec. 5041.

à leur application dès que sont instituées des mesures communautaires. En outre, il va de soi que les mesures nationales doivent être compatibles avec les principes de l'organisation commune du marché en cause et qu'elles ne peuvent pas être contraires aux règles du Traité, notamment à celles concernant la libre circulation des marchandises.²⁸

Une autre carence entraînant la nécessité d'une coopération au titre de l'article 5 est celle de l'omission, par les Etats membres, de fixer le siège des institutions communautaires conformément, entre autres, à l'article 216 du traité CEE. Dans une série d'affaires opposant le Parlement européen au Grand-Duché de Luxembourg et à la France, la Cour s'est basée sur «la règle imposant aux Etats membres et aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopération loyale qui inspirent notamment l'article 5 du traité CEE» pour tracer les limites des possibilités du Parlement de remédier, par des mesures unilatérales, aux difficultés de fonctionnement à lui causées par le défaut d'un lieu de travail unique.²⁹

L'article 5 impose également une obligation de coopération réciproque à la Commission et aux Etats membres lorsque la mise en œuvre des règles communautaires rencontre des difficultés imprévues. Dans l'affaire C-217/88, *Commission c. Allemagne*,³⁰ le gouvernement fédéral ne pouvait pas exciper des difficultés qu'il avait rencontrées pour la mise en œuvre d'un règlement concernant la distillation obligatoire des vins de table, étant donné que ce gouvernement n'avait pas soumis les problèmes à la Commission en lui proposant des solutions appropriées. Pour le remboursement d'aides étatiques qui, selon des décisions de la Commission, étaient incompatibles avec le Marché commun au titre de l'article 92 du Traité, la Cour est arrivée au même résultat dans ses arrêts du 15 janvier 1986, *Commission c. Belgique*³¹ et du 2 février 1989, *Commission c. Allemagne*.³²

Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, l'article 5 impose aux Etats membres l'obligation de poursuivre des violations, commises par des personnes physiques ou morales, des règles du droit communautaire. A cette obligation des Etats membres correspond une obligation des institutions communautaires de prêter leur assistance aux autorités nationales qui s'occupent de telles poursuites. Ainsi la Cour, dans son ordonnance du 13 juillet 1990, *Zwartveld*, a enjoint à la Commission de mettre à la disposition d'un *Rechter-Commissaris* néerlandais certains rapports des contrôleurs de pêche

28 Voir arrêt du 28 mars 1984, *Van Miert*, affaires jointes 47 et 48/83, Rec. 1721 et arrêt du 17 mai 1990, *Weingut Dietz-Matti*, affaire C-158/89, Rec. I-2013.

29 Voir, en dernier lieu, l'arrêt du 28 novembre 1991, *Luxembourg c. Parlement*, affaires jointes C-213/88 et C-39/89, non encore publié au Recueil.

30 Arrêt du 10 juillet 1990, Rec. I-2879.

31 Affaire 52/84, Rec. 89.

32 Affaire 94/87, Rec. 175.

communautaires et de permettre l'audition comme témoins de ces contrôleurs dans la mesure nécessaire à une instruction pénale concernant la violation des mesures communautaires de protection des ressources biologiques de la mer.³³ Dans le même ordre d'idées, la Cour, dans son arrêt du 28 février 1991, *Dilimitis*³⁴ a souligné que la Commission est tenue, en vertu de l'article 5, à une obligation de coopération loyale avec les autorités judiciaires des Etats membres saisies de litiges relatifs aux articles 85 et 86. Sous réserve de l'article 214 du Traité concernant le secret professionnel, ces autorités peuvent s'informer auprès de la Commission sur l'état de la procédure que cette institution aura éventuellement engagée ou demander les données économiques et juridiques que la Commission est en mesure de leur fournir.

L'article 5 peut également fonder une obligation de coopération entre Etats membres.

Dans l'affaire 235/87, *Matteucci*,³⁵ la Cour a interprété l'article 7 du règlement n° 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, comme ne permettant pas aux autorités d'un Etat membre de refuser le bénéfice d'une bourse pour suivre des études dans un autre Etat membre, à un travailleur migrant, au motif que ce travailleur avait la nationalité d'un troisième Etat membre. La bourse était prévue par un accord culturel bilatéral conclu entre les deux premiers Etats membres. Elle était réservée, selon le texte de l'accord, aux ressortissants des deux parties contractantes. Or, la Cour a considéré qu'en vertu de l'article 5 du Traité, l'Etat d'études était tenu d'assister l'Etat de travail dans son obligation de respecter l'article 7 du règlement n° 1612/68 dans l'application de l'accord culturel, même si celui-ci était conclu hors du champ d'application du Traité.

Les arrêts cités ci-dessus concernant l'obligation de prendre en compte des diplômes obtenus dans d'autres Etats membres peuvent également être compris comme l'expression d'un devoir de coopération entre Etats membres. Il en est de même pour les arrêts imposant le devoir de tenir compte des analyses techniques ou chimiques ou des essais de laboratoire effectués dans d'autres Etats membres et dont les résultats sont disponibles, même si ces arrêts ne mentionnent pas l'article 5.³⁶

Dans le domaine de la sécurité sociale des travailleurs salariés ou non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, la coopération entre les autorités des différents Etats membres et entre celles-ci et la

33 Affaire C-2/88, Rec. I-3365.

34 Affaire C-234/89, Rec. I-935.

35 Arrêt du 27 septembre 1988, Rec. 5589.

36 Voir par exemple l'arrêt du 17 décembre 1981, *Biologische Produkten*, affaire 272/80, Rec. 3277.

Communauté est de rigueur. La Cour a souligné cette obligation dans son arrêt du 11 juin 1991, *Athanasopoulos*, en citant l'article 5 du Traité.³⁷

La nécessité d'une coopération entre Etats membres se fait sentir, notamment, lorsque la carence du législateur communautaire entraîne des mesures nationales unilatérales. Dans son arrêt du 4 octobre 1979, *France c. Royaume-Uni*,³⁸ le Royaume-Uni était condamné pour manquement à l'article 5, non seulement parce que son arrêté sur le maillage des filets de pêche n'avait pas fait l'objet d'une consultation auprès de la Commission, mais également parce qu'il n'avait pas été notifié préalablement aux autres Etats membres.

Conclusion

Il convient donc de constater que l'article 5 a pris, dans la jurisprudence de la Cour, une importance qui dépasse de loin celle du principe *Pacta sunt servanda* dans le droit international et qui se rapproche de celle du principe de droit fédéral qui, dans le droit constitutionnel allemand, s'appelle *Bundestreue*. En effet, parmi les règles générales du Traité, l'article 5 est celui qui a été le plus souvent utilisé pour combler des lacunes dans les domaines les plus divers du droit communautaire. Il est possible de soutenir que certaines des applications que la Cour a faites de cette règle frôlent la frontière avec le pouvoir législatif communautaire, mais elles se justifient par la nécessité de sauvegarder «l'effet utile» du droit communautaire.

Par contre, même si la jurisprudence examinée a considérablement renforcé les obligations imposées aux Etats membres et aux institutions communautaires, elle démontre que la Cour a pris soin de ne pas modifier la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres et de ne pas mettre ainsi en cause l'équilibre voulu par le Traité. A cet égard, le principe général d'une coopération réciproque auquel la Cour fait de plus en plus appel lorsqu'elle applique l'article 5 est un instrument utile. Ce principe oblige les institutions communautaires et les autorités nationales à coopérer de bonne foi, chacune à l'intérieur de son domaine de compétences, pour atteindre les objectifs du Traité.

Ainsi, bien que faisant appel à un principe de caractère essentiellement fédéral, la Cour n'a nullement touché au caractère de la Communauté. Elle est donc restée dans son rôle de juge constitutionnel.

37 Affaire C-251/89, non encore publié au Recueil.

38 Affaire 141/78, Rec. 2923.

General Course in European Community Law

The Continuing Development of Law and Institutions

by

JOHN A. USHER

Table of Contents

I.	Introduction – The Three Communities	43
II.	The Institutions and the Legislative Process	49
	A. The Council of Ministers and the European Council	50
	B. The European Parliament and Cooperation Procedure	55
	C. The Commission's Role in Legislation	65
III.	The Institutions and the Administrative Process	70
	Introduction	70
	A. Administrative Good Faith	72
	B. Consistency	73
	C. Diligence	77
	D. Communication	79
	1. Duty not to mislead	80
	2. Liability to explain	81
	3. Duty to state reasons	82
	E. Effects of Failure to Observe Rules of Good Administration	86
IV.	Community Legislation: Its Nature and Effects	88
	A. Characteristics of the Treaties	88
	B. Community Secondary Legislation	92
	C. Direct Application	96
	D. Direct Effects	98
	1. Development of the concept	98
	2. Application of the Concept to Directives	101
	3. Consequences of the Concept	106
	E. The Consequences of Community Legislation which is not Directly Effective	111
	F. Primacy of Community Law	114
	G. Limitations on the Communities	118
V.	The European Court of Justice and its Jurisdiction	122
	A. Background	122
	B. Remedies under the Three Treaties	124
	C. Acts Susceptible to Annulment	125
	D. Actions by the European Parliament	127
	E. Precedent	130
	F. Towards a General Jurisdiction?	131

VI. The Single Market and Third Country Goods	135
A. Introduction	135
B. Commercial Policy and Internal Free Movement	135
C. Quotas and Free Circulation	141
VII. The Development of Community Competence	146
A. Introduction: Articles 100 and 235	146
B. The Practical Scope of Article 100	148
C. The Practical Scope of Article 235	150
D. Article 235 and the Quality of Life	152
E. Equal Treatment	153
F. Environmental Legislation After the Single European Act	154
G. Research and Development	157
H. Economic and Social Cohesion	159
I. The Internal Market	160
J. The Continued Use of Articles 100 and 235	163

Table of Contents

132	The Single Market and the Community	77
133	A. Introduction	
135	B. Community and the Single Market	94
141	C. Community and the Single Market	99
142	D. The Single Market and the Community	55
144	E. The Development of Community Competences	101
146	F. Introduction: Articles 100 and 235	
148	G. The Practical Scope of Article 235	97
150	H. Article 235 and the Quality of the Law	97
152	I. Equal Treatment	97
153	J. Environmental Legislation After the Single Market	97
154	K. Access	97
157	L. Research and Development in the Field	98
159	M. Economic and Social Cohesion	98
160	N. The Internal Market	98
162	O. The Community and the Single Market	98
163	P. Community Law	98
164	Q. Community Law	98
165	R. Community Law	98
166	S. Community Law	98
167	T. Community Law	98
168	U. Community Law	98
169	V. Community Law	98
170	W. Community Law	98
171	X. Community Law	98
172	Y. Community Law	98
173	Z. Community Law	98
174	AA. Community Law	98
175	AB. Community Law	98
176	AC. Community Law	98
177	AD. Community Law	98
178	AE. Community Law	98
179	AF. Community Law	98
180	AG. Community Law	98
181	AH. Community Law	98
182	AI. Community Law	98
183	AJ. Community Law	98
184	AK. Community Law	98
185	AL. Community Law	98
186	AM. Community Law	98
187	AN. Community Law	98
188	AO. Community Law	98
189	AP. Community Law	98
190	AQ. Community Law	98
191	AR. Community Law	98
192	AS. Community Law	98
193	AT. Community Law	98
194	AU. Community Law	98
195	AV. Community Law	98
196	AW. Community Law	98
197	AX. Community Law	98
198	AY. Community Law	98
199	AZ. Community Law	98
200	BA. Community Law	98
201	BB. Community Law	98
202	BC. Community Law	98
203	BD. Community Law	98
204	BE. Community Law	98
205	BF. Community Law	98
206	BG. Community Law	98
207	BH. Community Law	98
208	BI. Community Law	98
209	BJ. Community Law	98
210	BK. Community Law	98
211	BL. Community Law	98
212	BM. Community Law	98
213	BN. Community Law	98
214	BO. Community Law	98
215	BP. Community Law	98
216	BQ. Community Law	98
217	BR. Community Law	98
218	BS. Community Law	98
219	BT. Community Law	98
220	BU. Community Law	98
221	BV. Community Law	98
222	BW. Community Law	98
223	BX. Community Law	98
224	BY. Community Law	98
225	BZ. Community Law	98
226	CA. Community Law	98
227	CB. Community Law	98
228	CC. Community Law	98
229	CD. Community Law	98
230	CE. Community Law	98
231	CF. Community Law	98
232	CG. Community Law	98
233	CH. Community Law	98
234	CI. Community Law	98
235	CJ. Community Law	98
236	CK. Community Law	98
237	CL. Community Law	98
238	CM. Community Law	98
239	CN. Community Law	98
240	CO. Community Law	98
241	CP. Community Law	98
242	CQ. Community Law	98
243	CR. Community Law	98
244	CS. Community Law	98
245	CT. Community Law	98
246	CU. Community Law	98
247	CV. Community Law	98
248	CW. Community Law	98
249	CX. Community Law	98
250	CY. Community Law	98
251	CZ. Community Law	98
252	DA. Community Law	98
253	DB. Community Law	98
254	DC. Community Law	98
255	DD. Community Law	98
256	DE. Community Law	98
257	DF. Community Law	98
258	DG. Community Law	98
259	DH. Community Law	98
260	DI. Community Law	98
261	DJ. Community Law	98
262	DK. Community Law	98
263	DL. Community Law	98
264	DM. Community Law	98
265	DN. Community Law	98
266	DO. Community Law	98
267	DP. Community Law	98
268	DQ. Community Law	98
269	DR. Community Law	98
270	DS. Community Law	98
271	DT. Community Law	98
272	DU. Community Law	98
273	DV. Community Law	98
274	DW. Community Law	98
275	DX. Community Law	98
276	DY. Community Law	98
277	DZ. Community Law	98
278	EA. Community Law	98
279	EB. Community Law	98
280	EC. Community Law	98
281	ED. Community Law	98
282	EE. Community Law	98
283	EF. Community Law	98
284	EG. Community Law	98
285	EH. Community Law	98
286	EI. Community Law	98
287	EJ. Community Law	98
288	EK. Community Law	98
289	EL. Community Law	98
290	EM. Community Law	98
291	EN. Community Law	98
292	EO. Community Law	98
293	EP. Community Law	98
294	EQ. Community Law	98
295	ER. Community Law	98
296	ES. Community Law	98
297	ET. Community Law	98
298	EU. Community Law	98
299	EV. Community Law	98
300	EW. Community Law	98
301	EX. Community Law	98
302	EY. Community Law	98
303	EZ. Community Law	98
304	FA. Community Law	98
305	FB. Community Law	98
306	FC. Community Law	98
307	FD. Community Law	98
308	FE. Community Law	98
309	FF. Community Law	98
310	FG. Community Law	98
311	FH. Community Law	98
312	FI. Community Law	98
313	FJ. Community Law	98
314	FK. Community Law	98
315	FL. Community Law	98
316	FM. Community Law	98
317	FN. Community Law	98
318	FO. Community Law	98
319	FP. Community Law	98
320	FQ. Community Law	98
321	FR. Community Law	98
322	FS. Community Law	98
323	FT. Community Law	98
324	FU. Community Law	98
325	FV. Community Law	98
326	FW. Community Law	98
327	FX. Community Law	98
328	FY. Community Law	98
329	FZ. Community Law	98
330	GA. Community Law	98
331	GB. Community Law	98
332	GC. Community Law	98
333	GD. Community Law	98
334	GE. Community Law	98
335	GF. Community Law	98
336	GG. Community Law	98
337	GH. Community Law	98
338	GI. Community Law	98
339	GJ. Community Law	98
340	GK. Community Law	98
341	GL. Community Law	98
342	GM. Community Law	98
343	GN. Community Law	98
344	GO. Community Law	98
345	GP. Community Law	98
346	GQ. Community Law	98
347	GR. Community Law	98
348	GS. Community Law	98
349	GT. Community Law	98
350	GU. Community Law	98
351	GV. Community Law	98
352	GW. Community Law	98
353	GX. Community Law	98
354	GY. Community Law	98
355	GZ. Community Law	98
356	HA. Community Law	98
357	HB. Community Law	98
358	HC. Community Law	98
359	HD. Community Law	98
360	HE. Community Law	98
361	HF. Community Law	98
362	HG. Community Law	98
363	HH. Community Law	98
364	HI. Community Law	98
365	HJ. Community Law	98
366	HK. Community Law	98
367	HL. Community Law	98
368	HM. Community Law	98
369	HN. Community Law	98
370	HO. Community Law	98
371	HP. Community Law	98
372	HQ. Community Law	98
373	HR. Community Law	98
374	HS. Community Law	98
375	HT. Community Law	98
376	HU. Community Law	98
377	HV. Community Law	98
378	HW. Community Law	98
379	HX. Community Law	98
380	HY. Community Law	98
381	HZ. Community Law	98
382	IA. Community Law	98
383	IB. Community Law	98
384	IC. Community Law	98
385	ID. Community Law	98
386	IE. Community Law	98
387	IF. Community Law	98
388	IG. Community Law	98
389	IH. Community Law	98
390	II. Community Law	98
391	IJ. Community Law	98
392	IK. Community Law	98
393	IL. Community Law	98
394	IM. Community Law	98

Biography

Professor of European Law (since 1986) and Dean of the Faculty of Law (1988-92), University of Exeter. Visiting Professor, College of Europe, Bruges, since 1986.

Previously Reader in European Law, University College London (1983-1986). Lecturer in European Law, University of Edinburgh (1978-83), Legal Secretary to Advocate General Warner, European Court of Justice, Luxembourg (1974-1978), and Lecturer in Law, University of Exeter (1967-74).

Principal Publications

European Community Law and National Law: The Irreversible Transfer? (1981)

European Court Practice (1983)

Legal Aspects of Agriculture in the EEC (1988)

(with R.O. Plender), *Cases and Materials on the Law of the European Communities* (2nd ed., 1989)

(with N. Coreen and T. Hartley), *The Legal Foundations of the Single European Market* (1991)

'Application of Community Law in National Courts', in Vaughan, *Law of the European Communities Service* (1991)

Biography

Professor of European Law since 1980 and Dean of the Faculty of Law (1988-93), University of Essex, Visiting Professor, College of Europe, Brno, since 1988.
Previously Reader in European Law, University College London (1985-1986), Lecturer in European Law, University of Edinburgh (1977-84), Lecturer in Administrative Law, European Court of Justice, Luxembourg (1974-1978), and Lecturer in Law, University of Essex (1967-74).

Principal Publications

European Community Law and National Law: The Inevitable Tension? (1981)
European Court Practice (1983)
Legal Aspects of Agriculture in the EEC (1989)
(with R.O. Fisher), Cases and Materials on the Law of the European Community (2nd ed., 1989)
(with H. Gough and T. Harby), The Legal Foundations of the Single European Market (1991)
Application of Community Law in National Courts, in *European Law of the European Communities Series* (1991)

I. Introduction – The Three Communities

In a year dominated by discussion of new Treaties on Economic and Monetary Union and Political Union, it seemed particularly appropriate that the General Course in European Community law should look both at areas where major developments have occurred without formal changes to the Treaties, and at those areas where developments have occurred following the changes introduced by the Single European Act, whilst drawing attention to other aspects of Community law where problems remain. The following material is not therefore intended as a comprehensive guide to the current state of the institutional law of the Communities, although it is hoped that an overall picture may emerge from it.

The European Community is a Community based on the rule of law. What the three Community treaties have in common is that they create institutions with autonomous powers, which are able to issue legislation binding as law throughout every Member State of the Community. Furthermore, they create a Court which has power to exercise judicial control over a complex network of relationships between the Community institutions and the Member States, a Court which furthermore has held that the Treaties and legislation made under them may be capable in certain circumstances of being invoked not just by States and Community institutions, but also by private individuals before their national courts. It may be suggested that this power of individuals to invoke Community law even against their own governments and against national legislation is one of the core reasons why the European Community has so far succeeded when so many international arrangements have failed, and it will be considered in detail later in this course.

However, while it is now commonplace to talk of the European Community in the singular,¹ one of the continuing problems of Community law is that there are still three European communities governed by three separate Treaties. These Treaties created two specialized Communities, the European Coal and Steel Community and the European Atomic Energy Community, and one general Community, the European Economic Community. The essential difference is that the Coal and Steel Community Treaty and the Atomic Energy Community Treaty relate only to a defined range of products, activities and persons, whereas the EEC Treaty is not so limited, except with regard to its agricultural provisions. It may also be observed that the earliest of the Treaties, the 1951 Coal and Steel Treaty, is

¹ And the Maastricht Treaty has, confusingly, re-christened the European *Economic* Community as the 'European Community'.

also limited in time, being concluded for a period of fifty years² which will expire early next century.

Being general in its terms, the European Economic Community Treaty could easily trespass into the areas covered by the more specialist Treaties. It is therefore expressly provided in Article 232 of the EEC Treaty that the provisions of that Treaty should not affect the provisions of the Coal and Steel Treaty, and should not derogate from the provisions of the Atomic Energy Community Treaty. The practical consequence of this is that legislation made under the EEC Treaty may indeed therefore apply to situations which might appear to concern coal and steel, or civil fissile materials, if there is no specific provision on the matter in, or arising from, the two specialist Treaties. By way of example, the social security arrangements for coal miners or steel workers who move from Member State to Member State are governed by EEC legislation,³ in the absence of any specific provision under the Coal and Steel Treaty. Similarly, authorization for a distribution agreement relating to radioactive isotopes used for medical purposes was given by the Commission under the competition provisions of the EEC Treaty, since there are no corresponding rules in the Atomic Energy Community Treaty.⁴ This also means that if nothing were done to renew or replace the Coal and Steel Community Treaty on its expiry, coal and steel products would simply fall under the general rules of the EEC Treaty, rather than falling outside the Community system.

The differences between the Treaties are particularly marked in the areas of customs legislation and commercial policy, which are fundamental to the whole concept of a single market. What is usually thought of as the Common Customs Tariff is that established under the EEC Treaty. This was due to be established by the end of the transitional period,⁵ but by a Council Decision of 26 July 1966⁶ the original Member States agreed to apply the Common Customs Tariff as from 1 July 1968, 18 months before the deadline, for all products other than those falling within the scope of the common agricultural policy, where the regulations establishing common organizations of agricultural markets provided, as and when they were enacted, for the relevant nomenclature to be included in the common tariff. The tariff itself was enacted by Council Regulation,⁷ and hence is binding in itself as a Community act.

2 Article 97.

3 Council Regulation 1407/71.

4 Commission Decision 82/742 (OJ 1982 L 314/34).

5 I.e. by 1 January 1970.

6 JOCE (1966) 2971.

7 Originally Regulation 950/68 (OJ 1968 L 172/1) as later amended. Following the Community's introduction of a new nomenclature based on the International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System, the basic legislation is

This may be contrasted with the Common Customs Tariff originally established under Article 94 of the Euratom Treaty, which was introduced as scheduled, only a year after the entry into force of that Treaty, on 1 January 1959, by virtue of an agreement between the Member States reached on 22 December 1958.⁸ Nonetheless, the Euratom tariff had been reproduced in the appropriate headings of the table setting out the EEC tariff from the beginning. That table also lists for convenience the nomenclature of products falling with the ECSC Treaty, and the current version makes a bracketed reference to the ECSC to indicate the products subject to that Treaty. Article 72 of the ECSC Treaty allows for the Member States themselves to determine tariffs within certain limits; by virtue of the transitional provisions, however, the Member States reached agreement on 19 November 1957 as to a harmonized, but not common, ECSC tariff to be applied from 10 February 1958.⁹ That the duties under this tariff were not common is evidenced by the recitals to the Commission Recommendation¹⁰ which since 1964 has fixed the minimum duties on iron and steel products; these recitals justify the Recommendation on the ground that it was necessary to raise the duties imposed by the other Member States to the level already applied by Italy under the 'harmonized' tariff so as to increase external protection. This Recommendation was enacted, *inter alia*, under Article 74 of the Treaty, which allows the Commission to take protective measures in certain circumstances, but since an ECSC recommendation is binding only as to the result to be achieved, the actual charge is still imposed by national legislation.

It may be wondered whether this is a distinction without a difference: Article 31 of the 1972 Act of Accession, like the corresponding provisions of the subsequent Acts of Accession, refers to the 'ECSC unified tariff' for ECSC products other than coal as a target to which new Member States must move, and successive Decisions of the Representatives of the Governments of the Member States of the ECSC meeting within the Council provided that the nomenclature and conventional duties (i.e. the duties applying to imports from parties to GATT and the states benefitting from most-favoured-nation treatment) for ECSC products set out for convenience in the EEC Common Customs Tariff should be applied by the Member States of the ECSC.¹¹ Eventually Decision 86/98/ECSC¹² declared that the Community provisions to ensure the uniform application of

Council Regulation 2658/87 (OJ 1987 L 256/1), the 1992 version of which is set out in Commission Regulation 2587/91 (OJ 1991 L 259/1).

8 JOCE (1959) 408.

9 ECSC 6th General report, 82.

10 Recommendation 1/64 (JOCE (1964) 99) as amended.

11 See Decision 79/35/ECSC of 13 January 1975 (OJ 1979 L 10/13) replacing Decision 72/1 (JOCE 1972 L 1/383).

12 OJ 1986 L 81/29.

the Common Customs Tariff should apply to the products falling within the province of the ECSC Treaty, and express reference is made to this fact in the new tariff introduced in 1987.¹³

In the analogous field of anti-dumping duties, where the ECSC legislation is also made under Article 74 of the ECSC Treaty and traditionally also took the form of a Recommendation, the current ECSC legislation is contained in a Commission *Decision*¹⁴ which is directly applicable as Community law and thus parallels the EEC Council Regulation¹⁵ on the same matter. Article 74 of the ECSC Treaty empowers the Commission to take measures which are in accordance with the Treaty and to make any necessary *recommendations* to the Member States. However, presumably taking a broad view of 'any measures' in Article 74 of the Treaty, the explanation given in the recitals is that 'it is appropriate to ensure that the legislation governing external trade should be as homogeneous as possible in the two Communities'. By parity of reasoning, it may be wondered whether the ECSC customs tariff will eventually take the form of a directly applicable Decision.

Whatever the legal status of the ECSC tariff, however, there have been a couple of recent illustrations that the ECSC is something less than a customs union with regard to goods imported from third countries. In the coal sector, the European Court has actually upheld a differential tariff applying to imports into a particular Member State in relation to imports occurring in the late 1970s. This happened in Case 36/83 *Mabanaft v. HZA Emmerich*.¹⁶ The question there at issue related to the validity of a Recommendation dating back to 1959¹⁷ under which Germany could impose customs duties on imports of coal originating in non-Member States and destined for Germany, subject to a maximum rate of 20 DM per tonne; in this particular case, the coal although of non-Community origin,¹⁸ was in free circulation in the Netherlands, and imported from the Netherlands into Germany. Unlike Articles 9 and 10 of the EEC Treaty, the ECSC Treaty contains no provision expressly stating that products of third countries in free circulation in a Member State benefit from the prohibition on customs duties and charges having equivalent effect in trade between Member States, although Article 4(a) does contain such a basic prohibition. Nevertheless, the Court repeated the principle it had laid down in Cases 9

13 Council Regulation 2658/87 (OJ 1987 L 256/1).

14 The change took place in 1984 with the enactment of Commission Decision 2177/84 (OJ 1984 L 201/17). The current version is in Commission Decision 2424/88 (OJ 1988 L 209/18).

15 Currently Council Regulation 2423/88 (OJ 1988 L 209/1).

16 [1984] ECR 2497.

17 ABl. (OJ German ed.) (1959) 197.

18 It would appear that, as in so many of the leading cases in this area, the true origin of the coal was not declared at the time of importation; however nothing turned on this.

and 12/60 *Vloeberghs*¹⁹ that ECSC products originating in non-Member States and released into free circulation in a Member State do benefit from internal free movement, a principle recognized by the old High Authority in a letter it sent to the governments of the Member States as early as May 1955.²⁰ However, having stated that principle, and having described the ECSC as 'more akin in its structure to the principle of a customs union' than a mere free trade area, the Court emphasized that Article 4(a) of the Treaty only prohibited import duties and other restrictions 'as provided in this treaty', and noted that sub-paragraph (3) of the first paragraph of Article 74 authorizes the Commission to make Recommendations to Member States, if coal or steel products as defined in the Treaty are 'imported into the territory of one or more Member States in relatively increased quantities and under such conditions that these imports cause or threaten to cause serious injury to production within the common market of like or directly competing products'. It was agreed between the parties that the relevant circumstances authorizing the Recommendation did exist in Germany between 1959 and 1963, and the Court found that, with short term exceptions, the situation had continued until 1978, when the last of the importations in question occurred, so that the Recommendation was still valid at that date, sixteen years after its initial enactment. No consideration appears to have been given in the judgment to the compatibility of the Recommendation with the Decisions of the Representatives of the Member States mentioned above concerning the use of the EEC Common Customs Tariff nomenclature and conventional duties, nor was its continued operation considered in the light of GATT obligations despite the fact that by reference to the second paragraph of Article 71, Article 74 requires that the Recommendation of the Commission may not exceed the powers accorded to Member States under the international agreements to which they are parties. On the other hand, it may be observed that following the Tokyo Round negotiations, Recommendation 1/64 on iron and steel duties was amended by Recommendation 81/772²¹ to the effect that the Recommendation would not apply where it would entail disregard of the bound tariff concessions accorded to Contracting Parties to GATT, including obligations resulting from tariff agreements concluded within the framework of GATT by the Community or its Member States acting in agreement. Whilst it would be naive to pretend that there is complete free movement of imported goods under the EEC Treaty, given the continued use of Article 115 of that Treaty which will be considered later in this

19 [1961] ECR 197.

20 See [1961] ECR 215.

21 OJ 1981 L 285/33.

course, at least the restrictions used do not include differential customs duties imposed on goods already in free circulation.²²

A second illustration of the differences between the EEC and ECSC Treaties may be more briefly explained. At a time when the European Court, as will be seen,²³ was holding that goods imported into the Community under a quota allocated to a specific Member State under the EEC commercial policy must nevertheless be regarded as in free circulation under the EEC Treaty, the Commission adopted Decision 85/415 which, by way of derogation from Recommendation 1/64, authorized tariff quotas for the import of certain special steels into Germany, the Benelux countries and France, but expressly required those States to ensure that the products in question were not re-exported to other Member States. In any event, of course, Article 71 of the ECSC Treaty states that national powers with regard to commercial policy are not in principle affected by the Treaty, but here a more positive aspect (at least for those who wish to promote integration) of the judgment in *Mabanaft* may be reported. In that case, the German government argued that by virtue of Article 71 a Member State could not only pursue an independent commercial policy but could itself avoid deflections of trade by means of customs duties levied on imports from another Member State which have originated in non-member countries. This argument was rejected by the Court in its limited acceptance of the principle of free circulation under the ECSC Treaty. Perhaps the Court's view could be summarized as being that the ECSC is sufficiently akin to a customs union for its Member States to be prevented from imposing unilaterally customs duties on goods in free circulation in other Member States, but it is not sufficiently like a customs union for its institutions to be prohibited from authorizing Member States to impose such customs duties.

The inconvenience caused to international negotiations by Article 71 are well known, and the external pressures which may lead to its circumvention are well-illustrated in the arrangements made with the United States in the matter of the export of Community steel products.²⁴ The solution eventually adopted was a series of Commission Decisions²⁵ made under the first paragraph of Article 95 of the ECSC Treaty, the 'everything else' provision of that Treaty, roughly equivalent to Article 235²⁶ of the EEC Treaty, which requires unanimous Council approval. The recitals to these Decisions make interesting reading; 'whereas the decision to conclude such an arrangement is necessary in order to attain, in the context of the functioning

22 In Cases 80 and 81/77 *Ramel v. Receveur des Douanes* [1978] ECR 927, a provision of an EEC Council Regulation was held invalid insofar as it authorized Member States to impose charges equivalent to customs duties.

23 See *infra* text at notes 348-364.

24 See Benyon and Bourgeois, 'The EC/US Steel Arrangement', *CML Rev.* (1984) 305.

25 Decisions 2871-2873/82 (OJ 1982 L 307/11).

26 The use of which is one of the topics considered in more detail in this course.

of the common market for steel, the objectives of the Treaty are set out, in particular in the second paragraph of Article 2 of this Treaty;²⁷ whereas the Treaty did not make provision for all the cases covered by this Decision; whereas this Decision does not affect the powers of the Member States in matters of commercial policy referred to in Article 71 of this Treaty'. In other words, in order to reach an agreement with the United States, the Community used Article 95 of the ECSC Treaty to give itself a power which not only was not conferred upon the Community but was expressly conferred upon the Member States – a process repeated in later arrangements with the United States – whilst at the same time boldly asserting that the powers of the Member States were not affected. Indeed the same technique was used a decade later in the coal and steel aspects of agreements with East European countries.²⁸

Whatever its intrinsic deficiencies as a customs union, the ECSC Treaty nonetheless clearly illustrates in this area the way in which developments may be made in Community law without formal amendments to the Treaties. Furthermore, the express recitals to the Coal and Steel Treaty make it clear that the Communities have from the outset been concerned with more than trade: it is stated that the Member States were 'resolved to substitute for age-old rivalries the merging of their essential interests; to create, by establishing an economic community, the basis for a broader and deeper community among peoples long divided by bloody conflicts; and to lay the foundations for institutions which will give direction to a destiny henceforward shared'. Consideration will therefore next be given to the development of those institutions.

II. The Institutions and the Legislative Process

Since the entry into force of the 1965 Merger Treaty, the three Communities have enjoyed a common institutional structure, which comprises three important political institutions. Basic legislative power is in the hands of the Council of Ministers, which comprises representatives of the governments of the Member States,²⁹ though it should be noted that its composition is not fixed. This means that there can be separate Council meetings of foreign ministers or agriculture ministers or finance ministers as the case may be,

27 Which refers, *inter alia*, to bringing about 'the most rational system of production' whilst taking care not to provoke fundamental and persistent disturbances in the economies of the Member States.

28 E.g. Commission Decision 91/597 on trade cooperation between the EEC and Poland (OJ 1991 L 322/17).

29 Treaty establishing a Single Council and a Single Commission ('Merger Treaty') 1965 Art. 2.

possibly on the same day in the same building. In general, however, the Council can only act on the basis of a proposal from the Commission, a body of seventeen members appointed, by the representatives of the governments of the Member States meeting together, for four years at a time, and whose legal duties are owed to the Community not to the Member States.³⁰ As well as proposing legislation, the Commission also in fact itself issues the bulk of Community legislation under delegated powers,³¹ employs the bulk of the Community's civil service, and, subject to the control of the European Court of Justice, has overall responsibility for the application and enforcement of Community law, notably against Member States, but also against individual traders in the context of the European Community's competition, or anti-trust rules.³² The third institution, the European Parliament, is, it would appear, the only directly elected international institution in the world. Whilst Community legislation does not in general emanate from the Parliament as such, the Council of Ministers cannot usually act without consulting it, and the cooperation procedure introduced by the Single European Act requires Parliament to be consulted twice.³³ In the real world this appears to be quite an effective role; it has been stated that some 60% to 70% of the European Parliament's amendments to proposed legislation are in fact accepted in the final version.³⁴ The Parliament also has considerable powers over the Community budget in conjunction with the Council of Ministers, including the formal 'last word',³⁵ although the European Court has taken the view that it in reality requires the joint assent of Council and Parliament, so that Parliament could not declare a budget adopted when the Council had not agreed the maximum rate of increase over the previous year's expenditure.³⁶

A. The Council of Ministers and the European Council

To a certain extent, as with the substantive provisions of the Single European Act, its institutional provisions merely give express recognition to something which has already happened in practice. This is particularly the case with regard to the European Council, the meeting of Heads of State or of Government of the Member States. Article 2 of the Single European Act referred expressly to the European Council and to the fact that it brought together the Heads of State or of Government of the Member States and

30 Merger Treaty Art. 10.

31 See EEC Treaty Art. 145 and Council Decision 87/353 (OJ 1987 L 197/33).

32 By virtue of Council Regulation 17/62 (JOCE (1962) 204).

33 EEC Treaty Art. 149(2).

34 See Bieber, 'Legislative Procedure for the Establishment of the Single Market', *CML Rev.* (1988) 711.

35 EEC Treaty Art. 203 as amended by the 1975 Budgetary Treaty.

36 Case 34/86, *Council v. European Parliament* [1986] ECR 2155.

also recorded the attendance of the President of the Commission of the Communities. It further noted that they would be assisted by ministers for foreign affairs and by a member of the Commission and that the European Council should meet at least twice a year. Unfortunately, Article 2 failed to say what, if anything, the European Council was supposed to do in the hierarchy of Community institutions. It may be wondered however whether the express mention of the European Council as such would preclude it from purporting to act as the ordinary Council of Ministers, which its members might otherwise be qualified to constitute. Be that as it may, the fact that it was not mentioned in the Treaties before the Single European Act did not prevent it issuing acts of considerable legal importance, such as the Resolution (itself an act nowhere defined in the Treaties) of 5 December 1978 establishing the European Monetary System.³⁷

Turning to the Council of Ministers itself, there are two major changes which resulted from the Single European Act. The first of these changes is the increased use of qualified majority voting, and the second is the introduction of the cooperation procedure with the European Parliament in some areas of Community activity, a procedure which has rapidly become an everyday feature of Community institutional life. Since the cooperation procedure involves also the use of the qualified majority system in the Council, it might be useful to look first at this system of voting. The original version of the EEC Treaty does, of course, contain a number of provisions allowing for a qualified majority to be used, and indeed in some matters it even allowed the Council to act by a simple majority. Critics of the Single European Act would in fact count it as a retrograde step that whereas the old Article 49, dealing with legislation on the free movement for workers, allowed the Council to act by a simple majority, albeit without being required to consult the European Parliament, the new version introduced by Article 6(3) of the Single European Act requires the Council to act by a qualified majority, even if it is in cooperation with the European Parliament. On the other hand, simple majority voting remains possible in the area of vocational training under Article 128 of the EEC Treaty, a provision held to be wide enough to cover the second phase of the programme on cooperation between universities and industry regarding training in the field of technology (COMETT II) in Joined Cases C-51, 90 and 94/89 *United Kingdom, France and Germany v. Council*.³⁸

Qualified majorities involve a system of weighted voting, approximately related to the size of the Member State, so that the four big Member States, the United Kingdom, France, Germany and Italy, each have 10 votes, whereas at the other end of the scale, Luxembourg has two votes.³⁹

37 *Bull. EC* (1978) No. 12 point 1.1.11.

38 Judgment of 11 June 1991.

39 EEC Treaty Article 148.

Until the accession of Spain and Portugal in 1986, the system was designed to ensure that no more than one big Member State could be out-voted, but that the big Member States could not by themselves out-vote the smaller Member States. However, from 1986 onwards, it has in fact been possible for two of the large Member States to be out-voted on a qualified majority vote; in other words, France and the United Kingdom, for example, could vote against a proposal and it could still become Community law.

It is well known, however, that although the Treaty provided for majority voting, the opportunity was very rarely taken to make use of it. This, to a large extent, is usually attributed to the influence of the so-called Luxembourg Accords of 1966. These Accords, which in reality appeared to be no more than a press release recording the terms of the settlement under which France agreed to end its so-called 'empty chair' policy, record the agreement of the Member States that even where decisions could be taken by a majority vote, where very important interests of a Member State are at stake, the members of the Council would endeavour to reach solutions which could be adopted by all the members of the Council. A second paragraph added that the French delegation considered that where very important interests were at stake, the discussion must be continued until unanimous agreement was reached. Whatever may be the precise legal status of this agreement to disagree, and it is worth pointing out that on one of the two occasions on which the United Kingdom formally invoked the Luxembourg accords, in relation to the 1982 agricultural prices, a vote was still taken and the United Kingdom was out-voted, it has been of considerable political importance. It gave rise to what was effectively a convention that policy-making legislation would only be adopted in the Council when a consensus had been achieved; so, for example, it took 17 years to reach agreement on a Directive concerning the activities of architects.⁴⁰

That the use of unanimity, albeit with abstentions, was really a matter of political will, rather than legal obligation, is illustrated by the fact that although until 1986 the number of decisions taken by the Council on a majority basis barely reached double figures in any one year, in 1986, even though the Single European Act was not yet in force, during the first half of the year under the Dutch Presidency, some 43 items of legislation were adopted on a majority basis, and in the second half of the year, under the United Kingdom presidency, no less than 55 legislative acts were adopted on a majority basis.⁴¹

40 Council Directive 85/384 of June 1985 (OJ 1985 L 223/15). The Commission's proposal was published in the Official Journal in October 1967 (JOCE 1967 C 239/15).

41 According to UK Foreign Office sources.

Nevertheless there were cases under the Treaty as originally drafted where unanimity was expressly required by the Treaty itself, and where the Single European Act relaxed this requirement in favour of the use of a qualified majority. Perhaps the clearest illustration of this is with regard to the approximation of harmonization of laws, where the original Article 100 required the Council to act unanimously and only allowed it to issue directives, whereas the new Article 100A, for the purposes of achieving the internal market by the end of 1992, allows the Council to act by a qualified majority in cooperation with the European Parliament and to adopt what are neutrally called 'measures'.

Leaving aside the debate as to the scope of the derogations which Member States may ostensibly make to legislation adopted under the Article 100A,⁴² derogations which in practice do not appear to have been invoked, there still remains an important question of the demarcation between Article 100 requiring unanimity, and Article 100A allowing the adoption of legislation by a qualified majority, which will be considered in the context of the use made of the powers derived from the Single European Act.⁴³ A similar problem had already been encountered with regard to the relationship of Article 100 to other more specific provisions of the Treaty. This is particularly the case with regard to questions of health relating to agricultural products which had traditionally been dealt with by legislation made jointly under Article 100 on the approximation of laws and Article 43 on agricultural legislation. Whilst Article 100 requires unanimity, Article 43 allows a qualified majority decision to be taken, and the United Kingdom therefore challenged two pieces of Council legislation adopted under Article 43 alone which the United Kingdom thought should have been adopted under Article 100 by unanimity as well.⁴⁴ These pieces of legislation related to the hormone content of meat, and to the treatment of battery poultry.⁴⁵ Although the United Kingdom 'won' because of procedural irregularities, on the substantive issue the European Court made it clear that a mere practice of the Council could not create a binding precedent with regard to the correct legal base, and that agricultural legislation could, and should, take account of requirements such as the protection of the health and life of humans and animals.

It would now appear that there is an additional factor to take into account in determining whether to enact legislation under Article 100A (or another provision involving the cooperation procedure or co-decision) where

42 See, e.g., Forwood and Clough: 'The Single European Act and Free Movement', *ELR* (1986) 383.

43 See Chapter VII.

44 Case 68/86, *UK v. Council (Hormones)* [1988] ECR 855, Case 131/86, *UK v. Council (Battery Hens)* [1988] ECR 905.

45 Council Directive 85/649 (OJ 1985 L 382/228). Council Directive 86/113 (OJ 1986 L 95/45).

the alternative legal base does not involve an enhanced role for the European Parliament. Case C-300/89 *Commission v. Council (Titanium Dioxide)*⁴⁶ arose from the enactment of a Directive on titanium dioxide waste by unanimity under Article 130S, when the Commission had proposed that it should be adopted under Article 100A. The Court found that the Directive related both to the protection of the environment, which fell under Article 130S, and to the removal of distortions of competition, which fell under Article 100A, but that it was not possible to use procedures which involved unanimity and the cooperation procedure at the same time with regard to the same legislation. In particular, it would defeat the very object of the cooperation procedure, which was to increase the Parliament's participation in the legislative process as a reflexion of fundamental democratic principle, if the Council were required to act throughout by unanimity, since under the cooperation procedure unanimity is normally only required where the Council wishes to override Parliament or Commission, and it normally only requires a qualified majority to carry the Parliament's view. The Court was in fact able to find that Article 130R envisaged that legislation under other provisions could (indeed should) have the aim of protecting the environment, and that Article 100A envisaged the need for a high level of environmental protection in the context of single market legislation.⁴⁷ The Court therefore held that the Directive should have been enacted under Article 100A, but the message appears to be that where alternative Treaty bases are available, preference should be given to that which enhances the democratic role of the Parliament.

It may however, be suggested that it is of little use to allow a qualified majority decision to be taken unless there is an effective machinery to allow a majority vote to be called. In the past, it would appear that the Council's rules of procedure essentially left the question of a vote to the Member State currently holding the presidency of the Council. However, in a change perhaps of even greater significance than the formal changes effected by the Single European Act, it would appear that in July 1987 the Council changed its rules of procedure so as to enable a vote to be requested not only by the presidency but also by any other Member State and indeed by the Commission subject to the majority of Council Members agreeing.⁴⁸ Hence, it would appear that whether or not a vote is taken will not depend solely on the views taken by the Members States holding the presidency.

One consequence of the increased use of majority voting, which has resulted from the introduction of the Single European Act, is that systems of national scrutiny, such as that developed by the United Kingdom Parliament, may be regarded as somewhat less effective: the utility of the

46 Judgment of 11 June 1991.

47 See Chapter VII.

48 OJ 1987 L 291/27.

1980 Resolution of the House of Commons, formalizing the ministerial undertaking given in 1974, requiring no minister to give agreement in the Council to any proposal for European legislation which has been recommended by the Select Committee of the House of Commons on European legislation for consideration by the House, seems to rest on the view that the Council of Ministers will act by consensus. In other words, if the United Kingdom minister does not agree to the proposal, the proposal will not be able to be adopted. It is self-evident that if majority voting is more widely used, then the fact that the United Kingdom minister may feel unable to accept a proposal in no way precludes the Council from going ahead to adopt that proposal. Hence the supranational activity of enacting legislation on a majority vote in the Council has inevitably diminished the effectiveness of national parliamentary controls. Nevertheless, when the House of Commons scrutiny system was amended in 1990,⁴⁹ virtually the same system of endeavouring to control Ministers was maintained.

It may however be suggested that if democratic control is to be exercised, it must be exercised through the parliamentary body necessarily involved in the Community legislative process, in other words, the European Parliament. It must be remembered that when the system of financing the Community budget changed from national contributions to reliance on the Community's own resources,⁵⁰ the powers of the European Parliament with regard to the budget were considerably increased, partly because national parliaments would no longer have any direct control. The system of cooperation with the European Parliament introduced by the Single European Act goes some way towards recognizing this, but goes nowhere near the joint exercise of legislative authority sought by the European Parliament in its Resolution on a draft Treaty for European Union adopted in February 1984. However, proposals for a system of co-decision by Parliament and Council have once again been on the agenda in the 1991 discussions on the proposed Treaty on political union, giving rise to the complexities of Article 189B of the EC Treaty, which will no doubt be considered in a future cause.

B. The European Parliament and Cooperation Procedure

Before turning to the details of the cooperation procedure, it may be observed that by virtue of the obscurely worded Article 3(1) of the Single European Act under which 'the institutions of the European Communities [are] henceforth designated as referred to hereafter' in that Act, the European Parliament is now officially the European Parliament, rather than the

49 Hansard 24 October 1990 cols. 393-397.

50 Under the 1971 and 1975 Budgetary treaties.

European Assembly. Again this merely confirms the practice of that institution itself, since its own rules of procedure have referred to it as the European Parliament, and the practice of the European Court, which for many years has also referred to it as the European Parliament. However, as is well known, certain Member States took a curious pride in insisting that the institution should be known as the European Assembly.⁵¹

The cooperation procedure⁵² effectively adds a new stage or series of stages, commonly referred to as a second reading, to the previously existing method of legislation under which Parliament is required to be consulted when so provided by the Treaties. Hence, as before, the legislative process commences with a proposal from the Commission which is sent to the Council which in turn consults Parliament, and once the Parliament has given its opinion, the Commission considers whether to incorporate any of the Parliament's suggestions into its draft. However, when the Council considers the proposal in the light of the Parliament's opinion, rather than taking a final decision as it would under the original system, assuming any decision at all is to be taken, the Council is instead required to adopt a so-called 'common position' by a qualified majority. Although no express time limits are laid down for this stage, it would appear that the fact that the Council is not required finally to commit itself, and the fact that it can act by a qualified majority, has meant that the reaching of a common position has not usually encountered the previous delays.

Once the Council has adopted a common position, then the matter goes back to the Parliament and the Parliament may do one of four things. It may simply approve the Council's position or, on the other hand, it may within a period of three months from the common position being notified to it, simply fail to take a position, in which case the Council would then simply adopt the proposal. At first sight, it might seem unlikely that the Parliament would take no position: however, in order to amend or reject the Council's common position, it has to act by an absolute majority of its members, and given the political balance (and, it may be said, the attendance record) of the members of the European Parliament before the entry into force of the Single European Act, it may well have been thought that in practice it would be extremely difficult to obtain an absolute majority on much of the legislation which was likely to come before the Parliament. The reality is, however, that qualified majorities have regularly been obtained, for reasons which will be explained.

51 Notably France and the United Kingdom. Hence s3 of the European Communities (Amendment) Act 1986, implementing the Single European Act, had to provide for the term 'European Assembly' and its derivatives in UK legislation to be replaced by the term 'European Parliament' and its derivatives.

52 Article 149 of the EEC Treaty as substituted by Article 7 of the Single European Act.

As a practical expedient, it would appear that Parliament's practice is to hold votes under the cooperation procedure at the same time on the same day in each session week.

Where Parliament raises an absolute majority to reject the Council's common position,⁵³ this does not however mean that the proposal is totally rejected; rather, it means that the Council may only adopt it if it acts unanimously, though it may be suggested that if an absolute majority is against a proposal in the Parliament, it is rather unlikely that the Council will be unanimous in its favour. The fourth possibility open to the Parliament is to amend the Council's common position by an absolute majority of its members.⁵⁴ At first sight this, as drafted, would appear to leave the Parliament with complete liberty to develop a second opinion on the proposal, assuming the necessary majority may be found. However, in order to try to make the second reading procedure more effective, the Parliament in fact accepted proposals drafted by Christopher Prout MEP to the effect that on the second reading, the Parliament should concentrate on the text as it leaves the Council, i.e. the Council's common position, and should restrict amendments to those which would return the text to that which resulted from the Parliament's original position.⁵⁵ The Parliament would therefore appear to use the second reading procedure either to accept or reject the Council's common position or to amend it solely so as to match the Parliament's original opinion. It would appear that no new amendments may be put at the second reading stage except to the extent that the common position represents a change from the original proposal.

If the Parliament obtains an absolute majority to amend the Council's common position back to the position taken by Parliament in its original opinion, then the proposal goes back to the Commission, which has one month within which it may review the European Parliament's amendments, and revise its proposal only so as to take account of the amendments proposed by the European Parliament. The proposal then goes back to the Council which in turn may adopt, or fail to adopt, four alternative modes of action within the space of three months. First, it may adopt the Commission's revised proposal, and to do that it need act only by a qualified majority. Secondly, the Council does have power itself to adopt amendments suggested by the European Parliament which have not been incorporated into the proposal by the Commission, but to do this the Council must act unanimously. Thirdly, the Council may itself make other amendments to the revised proposal submitted by the Commission, though in order to do this the Council must again act unanimously. Finally, the

53 See, e.g., the rejection of a proposal relating to benzene in OJ 1988 C 290/64.

54 See, e.g., the amendment of the proposal with regard to public supply contracts in OJ 1988 C 13/62.

55 Rules of Procedure of the European Parliament.

Council may simply fail to do any of those three things within the three months period, and although the Parliament can grant it a further one month extension, if the Council does not act by the end of that period, then the effect is that the Commission's proposal lapses. Although at first sight, this cooperation procedure would appear always to give the Council the last word, it may be noted that the Commission retains the right to alter its proposal at any time during the whole procedure, and if the precedents under the original system of legislation are followed, then it would appear that the Commission could, if it felt that amendments pursued by the Council effectively changed the nature of its proposal, simply withdraw its proposal – as indeed it did in November 1986 with regard to the Erasmus scheme for student exchanges.

As will be seen from the simplified outline of the cooperation procedure given above, the scheme is one of Byzantine complexity, rivalling that of the budgetary procedure, but without on the face of it giving the Parliament so much power. Given, however, that the proposals with regard to co-decision seem to take as their starting point the cooperation procedure with the addition of a conciliation procedure between the Council and Parliament, it may be of interest to look more closely at some of the legal issues arising in the context of the cooperation procedure.

Article 149(2)(a) in the version resulting from the Single European Act provides in principle for the Council to act by *qualified majority* in adopting a common position 'under the conditions of paragraph 1', which requires that it should act *unanimously* to amend a proposal from the Commission. This phrase gives rise to different nuances in different language versions, as has been pointed out by Bieber,⁵⁶ and some of these versions would appear to be contradictory, which is hardly surprising given that Article 149(1) refers to the Council acting unanimously, whilst Article 149(2)(a) refers to its acting by qualified majority. The essential question is whether in order to amend a Commission proposal, the Council has to act by a different majority from that required for the adoption of its common position. Such a question was of little practical importance in the days when the Council normally acted unanimously in reaching its decisions anyway, but appears to be crucial to the nature of the cooperation procedure. While the Maastricht amendments have altered the numerotation of these provisions, and deleted the Cross-reference mentioned at the beginning of this paragraph, the substantive provisions remain the same.

Despite the linguistic problems, it is submitted that if it is examined in the light of its context and purpose, Article 149(2)(a) does mean that the Council must act unanimously to amend the Commission proposal. In the

56 Bieber, 'Legislative Procedure for the Establishment of the Single Market', *CML Rev.* (1988) 711, at 719.

first place, if the Council could amend the Commission proposal when adopting its common position by qualified majority, there would seem to be little point in making any reference to paragraph 1 in Article 149(2)(a). Secondly, it is clear even on a literal reading that for the Council to depart from the Commission's proposal at other stages in the cooperation procedure, it must act by unanimity: Article 149(2)(d) requires it so to act if it wishes to adopt Parliament amendments which have not been included in the Commission's re-examined proposal, and Article 149(2)(e) requires it so to act in order to amend the re-examined proposal. It is submitted that these provisions represent the general pattern to be followed in the context of the cooperation procedure. In any event, even if the Council could amend the proposal by qualified majority in reaching a common position, it would be open to Parliament and Commission to restore the position on the second reading, when the Council would clearly have to act by unanimity to re-amend the proposal. However, if this analysis is correct, and the Council must act unanimously to amend the Commission proposal during the first stage, the disadvantage from the Parliament's point of view is that if the Commission does not take over all the suggestions in the opinion, the Council may only do so if all its members agree.

Finally, if the Council were to amend the proposal so as to change the legal base to a provision which does not involve the cooperation procedure, it may be suggested that Article 149(2) ceases to be relevant, and the Council becomes obliged to follow the clear terms of Article 149(1), so that it may only amend the proposal by unanimity, if the Commission itself is not prepared to amend it. It is however now clear that there are limits on the extent to which the Council may change the legal base even if it does act unanimously: as has been mentioned, in Case C-300/89 *Commission v. Council (Titanium Dioxide)*,⁵⁷ where the Council had unanimously decided to change the legal base to Article 130S (which requires unanimity), the Commission having proposed Article 100A, the Court held that although the legislation in question could have fallen under either of those provisions, preference should be given to Article 100A, partly because the cooperation procedure reflected the fundamental democratic principle that the peoples of the Community participate in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly.

The Council and Commission are required by Article 149(2)(b), first indent, to inform the Parliament fully of the reasons which led the Council to adopt its common position, and also of the Commission's position. Whereas under the traditional system of consultation, the Council was not obliged to take any notice of the Parliament's opinion, even if it was

57 Judgment of 11 June 1991.

obliged to wait for it,⁵⁸ it would appear that the requirement to inform the Parliament of the reasons for the common position and for the Commission's position has meant that more active consideration has been given to its opinion, if only to explain why certain aspects of it were not followed. It may be suggested that the case-law of the European Court on the statement of reasons required for binding legislation may give some guidance as to the scope and content of the information with which the Council and Commission must supply the Parliament, even if the main purpose here is not to enable the Court to exercise judicial control.

Given that Article 149(2)(b) requires the Parliament to be informed 'fully' of the reasons at issue, it may be suggested that the case-law with regard to individual decisions is more appropriate than that with regard to general legislation, where an indication of the general situation and objectives has been held to be enough.⁵⁹ In the case of individual decisions, the Court has consistently held,⁶⁰ that 'it is sufficient for the Decision to set out, in a concise but clear and relevant manner, the principle issues of law and fact upon which it is based and which are necessary in order that the reasoning which has led ... to [the] Decision may be understood.' However, in the context of competition Decisions it has long been accepted that the Commission need not refute every argument that has been put to it.⁶¹ If this could be transposed to the cooperation procedure, it may be suggested that the Council and Commission are obliged to give reasons sufficient to explain the positions they have adopted, but that they are not necessarily obliged to make reference to every point raised in the Parliament's opinion, if their own conduct may be explained without so doing.

It may also be observed that in some contexts the European Court appears to have developed the concept of a more general 'duty to explain'⁶² This principle would appear to mean that a Community institution may be required to explain *how* it has acted as well as *why* it has acted, a matter which is presumably of particular importance in so far as there may be debate over the majority required in the Council to amend a Commission proposal in the context of the cooperation procedure.

Article 149(2)(b), second indent requires that the Council 'shall definitively adopt' the act in question in accordance with the common position if the Parliament approves the common position or does not take a decision within three months of its communication. The initial question must be asked as to whether this is a purely automatic consequence of the Parliament's action or inaction, or whether an express decision on the part

58 Case 138/79, *Roquette v. Council* [1980] ECR 3333.

59 See, e.g., Case 5/67, *Beus v. HZA München* [1968] ECR 635.

60 Since Case 23/62, *Commission v. Germany* [1963] ECR 63.

61 See, e.g., Case 55/69, *Cassella v. Commission* [1972] ECR 887 at 913.

62 See *infra* text at notes 142 to 147.

of the Council is required. The drafting does in fact seem to imply action on the part of the Council, but imposes an unconditional obligation to act in accordance with the common position. In so far as positive action is required, no mention is made of the majority needed, which in principle should mean that the basic rule of Article 148(1) applies, so that the Council could act by simple majority. On the other hand it is submitted that the mandatory requirement to act in accordance with the common position overrides the power of the Council, acting unanimously, to amend the Commission's proposal in any way which would represent a significant departure from the common position, and similarly limits the Commission's power to amend its own proposal.

However, the Council's obligation to act in accordance with the common position is not subjected to a specific time-limit; the only time-limit in this indent relates to the Parliament. There would appear to be two possible solutions to this. One would be to apply by analogy the three month periods envisaged where the common position is rejected or amended. The second arises from the fact that since this provision places the Council under an unconditional obligation to act in accordance with the common position, there would appear to be scope for an action for failure to act under Article 175 of the EEC Treaty, which would require the Council to act within two months of being so requested. Hence, it may be suggested that, as the European Court held in Case 120/73 *Lorenz v. Germany*⁶³ with regard to action by the Commission under the state aids rules, two months would be a reasonable period in this context.

The question then arises as to what happens if the Council does not formally adopt an act in accordance with the common position. In the cases envisaged in sub-paragraphs (c), (d) and (e), i.e. where the Parliament has rejected or amended the common position, it is expressly provided in sub-paragraph (f) that if the Council has not acted within the defined period of three months, the proposal shall be deemed not to have been adopted. There is no such provision in relation to sub-paragraph (b), second indent, but neither is there any provision like Article 38(5) of the Draft Treaty on the European Union whereby 'the draft shall be deemed to be adopted by the institution which has not taken a decision' within the time limits laid down.

Whilst this might be an argument in favour of the view that no positive action on the part of the Council is required if the Parliament agrees with the common position, it might also be wondered whether there is a possible analogy with the 'direct effect' of provisions of a Directive when a Member State has not implemented it on time, on the basis that the one discretion

63 [1973] ECR 1471.

the Council does not have in this context is not to adopt an act in accordance with the common position.

As long as the Council has not acted, the Commission may, under the terms of Article 149(3), alter its proposal at any time. At first sight this would appear to be general authority to the Commission to amend its proposal whenever and at whatever stage a proposal by the Commission is a prerequisite to action by the Council. However, this general power must be read in conjunction with the specific power set out in Article 149(2)(d), to re-examine its proposal in the light of amendments put forward by the European Parliament, and other questions do arise. In particular, in the situation envisaged in Article 149(2)(b) second indent, where the Parliament has agreed with the Council's common position, it would hardly seem to accord with the purpose of that Article if the Commission were able to amend its proposal before the Council adopted an act in accordance with the common position.

Two other general considerations should also be borne in mind. The practice of the Commission would appear to be that it may not only amend an act before adoption, but also (despite the surprising silence of the Treaties on the matter) withdraw the proposal and thus prevent its adoption, particularly if it dislikes amendments made (or proposed) in the Council, as with the original ERASMUS proposal. It could presumably do the same if it took exception to the Parliament's amendments on the second reading. Secondly, as with amendments made by the other institutions, the question will arise as to when an amendment is so fundamental as to constitute a new proposal, to be discussed below.

Given the apparent generality of Article 149(3), it might be wondered what useful purpose is served by Article 149(2)(d), requiring the Commission to re-examine its proposal in the light of the European Parliament's proposed amendments. On the assumption that it does have a useful purpose, it is submitted that it must represent a special rule derogating from the general rule of Article 149(3) in the circumstances to which it applies. At the very least, therefore, it means that when the Parliament has amended the common position on the second reading, the Commission is required to consider those amendments when re-examining the proposal. The more important question, however, is whether the *only* amendments the Commission may make at this stage are those based on amendments made by the Parliament. The wording of the provision does not appear inevitably to lead to this conclusion; rather, it seems to imply that the Parliament's amendments form the starting point for the Commission's re-examination, but do not necessarily limit it. In order to argue that the Commission is so limited, it would have to be suggested that a purposive interpretation of the provision leads to the conclusion that after the second reading the Commission has no power to introduce its own unilateral amendments, a

conclusion which is difficult to reconcile with the apparent generality of Article 149(3) discussed above and which might have unfortunate consequences if the Commission were prevented from putting forward its own amendments during the final discussion in the Council

The question whether there are circumstances under which Parliament should be re-consulted is a matter on which the Treaties remain silent. It has been suggested⁶⁴ that reconsultation is required if an amendment affects the original proposal *de manière substantielle*, i.e. if the very substance of the proposal is put at issue. Article 37 of the Parliament's 1983 Rules of Procedure envisaged reconsultation where the Commission withdrew and replaced its initial proposal (which might be thought to be a new proposal anyway) or substantially amended the proposal, but made no reference to amendments by the Council except in the context of the conciliation procedure under Article 38.

The question of when a proposal becomes a new proposal has been put to the European Court in Case C-65/90 *European Parliament v. Council*,⁶⁵ but in so far as a United Kingdom analogy may be relevant, the question of when modifications to a proposal are such as to make it a new proposal was considered in *Legg v. ILEA*.⁶⁶ This concerned legislation governing school closures under which the Minister could approve proposals submitted to her after making such modifications as appeared to her to be desirable, and it was held that if she approved just one implicit element out of a proposal based on a package of elements, that was not a modification of the proposal but a different proposal.

It may be suggested that where the need for reconsultation would have been accepted under the old consultation procedure it should also be accepted under the cooperation procedure where the proposal is modified before the Council reaches the common position. Whilst the second reading might appear to be a form of reconsultation, it may be argued that the purpose of the first part of the cooperation procedure is to enable the Council to reach its common position with the help of the Parliament's opinion on the proposal before it, not with the help of an opinion on an earlier and different proposal. Furthermore, if it is the case that the Council must act on a proposal from the Commission, then it follows that it may not adopt a common position which so modifies the original version as to constitute a different proposal.

A practical approach to the problem, however, may be, as the Parliament appears in fact to have done, to broaden the scope of the second reading where the common position represents a substantial modification of

64 J.P. Jacqué *et al.*, *Le Parlement européen* (1984) 167.

65 Commencement of proceedings OJ 1990 C 110/5.

66 [1972] 3 All ER 177 at 188-189.

the original proposal. It is submitted that the same logic may be applied even on the second reading: if the common position is later amended in such a way that it is no longer the act which the Parliament gave a second reading, then it is submitted that the Council cannot adopt that new version until the Parliament has given a second reading to the common position which is actually under consideration. It may, however, be suggested that in the case of such a substantial modification, it would also mean that the proposal itself was no longer the same, so that the legislative process should really start again from the first stage.

Turning finally to the time limits inherent in the cooperation procedure, the three month period set out in Article 149(2)(b) for the Parliament to act on the common position, to which there is a cross-reference in Article 149(2)(c), may under Article 149(2)(g) be extended by one month by agreement between the Council and the Parliament, and so also may the period of three months laid down in Article 149(2)(f) for action by the Council. Hence even on the express wording of the Treaty, the deadlines are to some extent in the hands of the institutions. So far as the Parliament is concerned, the period of three months begins to run from the 'communication' of the common position, which must presumably await, *inter alia*, the preparation of the statement of reasons for that position.

In the case of limitation periods before the European Court, it is clear⁶⁷ that informal notice of a decision does not start time running. It is therefore submitted that a positive act of communication is required on the part of the Council before the period may be taken to commence. Conversely, it may be suggested that if the Parliament becomes aware unofficially that a common position has been reached, it may within a reasonable time request the Council to communicate it.⁶⁸ From this it may be argued that the time of communication of the common position does indeed depend on the will of the Council and of the Parliament, so that therefore it would, at least in individual cases, be open to them to agree on the date of communication and hence of the start of the three month period. If they can do this in individual cases, is there any reason why they cannot negotiate a general practice? It is submitted that such an agreement could be reached, provided that any delay for which it allowed was not disproportionate in the framework of periods of three or four months, i.e. it must comply with the overall spirit of Article 149(2).

67 Case 59/84, *Tezi Textiel v. Commission* [1986] ECR 887.

68 *Ibid.* at para. 11.

C. The Commission's Role in Legislation

It has been seen that the Commission retains a vital role in the cooperation procedure. It is still the Commission that drafts the original proposal and in the second reading stage, whether or not the Commission decides to accept a Parliament amendment will determine the majority required in the Council to accept or reject that amendment. Furthermore, the Commission retains its original power to amend or, in practice, withdraw its proposals at any stage during the procedure, which is a powerful negative weapon.

There is a further important provision relating to the Commission in Article 10 of the Single European Act supplementing Article 145 of the EEC Treaty so as to lay down a framework within which the Council may delegate powers to the Commission. The Council has, of course, been delegating powers to the Commission from the outset, the best known example being the system of management committees used in common organizations of agricultural markets, so as to enable the Council to delegate discretionary powers to the Commission whilst requiring the Commission to consult a committee representing the interests of the Member States.⁶⁹ This pattern has been followed in other areas, but with variations, so that there are today a large number of different committees which either must be consulted by the Commission, or whose approval must be sought by the Commission, or which must be informed by the Commission in particular circumstances. The basic aim of Article 10 of the Single European Act was to provide an overall framework for such delegation of powers and for the committees to which the Commission should refer its proposals, thereby preventing the creation of ad hoc systems each marginally different from the other. Article 10 in effect required the structure of such 'comitology' to be laid down in advance by the Council, so that the system used in any particular legislation will follow one of the patterns laid down in advance. The Council Decision on this matter adopted in 1987⁷⁰ provides for just three basic types of committee procedure: an advisory committee procedure, a management committee procedure, and a regulatory committee procedure. The advisory committee is just that; in other words the Commission may seek the opinion of the committee and its members, but is not bound thereby. The management committee system is in effect that used in agriculture, in that the Commission presents a draft of the measures it wishes to take to the committee, but it is able to implement its measures immediately even if the committee votes against, subject to the possibility for the Council to take a different decision within a fixed time limit. Under the third system, that of the regulatory committee, the Commission may only introduce its measures if the committee has approved them, and if the

69 See, e.g., Council Regulation 2727/75 Articles 25-27 (OJ 1975 L 282/1).

70 Council Decision 87/373 (OJ 1987 L 197/33).

committee does not approve the measures, the Commission is required to refer the matter to the Council which again has a time limit within which to act, and it is only if the Council does not act within that time limit that the Commission may adopt its own measures. When the proposal for this Decision came before the European Parliament in October 1986, it may be observed that by a majority of 235 to 36, the Parliament decided to reject that part of the proposal allowing for regulatory committees. It would appear that the Parliament took the view that the existence of such committees diminished its own power of control over the Commission. Following the enactment of the Decision, Parliament sought its annulment,⁷¹ but was held not to have *locus standi* for reasons which will be discussed later.⁷² Despite the existence of the structure of comitology, the Council does not appear to have been very willing, except in the areas of agriculture, the customs tariff, and the updating of technical standards, to content itself with the adoption of the framework legislation for the achievement of the internal market by the end of 1992, and leave it to the Commission to enact the detailed implementation.

Whatever express legislative powers the Commission may enjoy under the ECSC Treaty,⁷³ it is a common generalization to say that under the EEC Treaty the Commission proposes but the Council disposes. Like most generalizations, it is subject to exceptions, notably in Articles 13(2), 33(7) and 90(3) of the EEC Treaty, but it was perhaps belief in that generalization that led the United Kingdom to challenge Commission Directive 80/723⁷⁴ on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings, issued under Article 90(3), on the basis that under the scheme of the Treaty only the Council could issue directives containing general legislative provisions imposing new obligations on Member States, the aim of Commission directives being merely to deal with a specific situation in one or more Member States. As is well known, this argument did not find favour with the European Court, which in its judgment in Joined Cases 188 to 190/80⁷⁵ held that the limits of the powers conferred on the Commission by a specific provision of the Treaty are to be inferred not from a general principle but from the wording of the provision in question, analysed in the light of its purpose, which was found to be to enable the Commission to perform effectively the duty of surveillance imposed upon it. A similar broad view of the Commission's powers under Article 90(3), which were stated to be 'normative', i.e. law-creating, was taken in Case

71 Case 302/87, *European Parliament v. Council (Comitology)* [1988] ECR 5615.

72 See Chapter V.

73 Where, under Article 14 the only defined 'acts' are those of the Commission.

74 OJ 1980 L 195/35.

75 *France, Italy and UK v. Commission* [1982] ECR 2545.

C-202/88 *France v. Commission*⁷⁶ with regard to a Commission Directive on competition in the market in telecommunication terminals. It was stated that the possibility that there might be Council legislation under other provisions did not restrict the powers of the Commission under Article 90(3). On the other hand, in interpreting that provision, the Court held that while the Commission could require *exclusive* rights of importation etc. to be abolished, it could not require *special* rights to be abolished in the absence of further precisions, and could not use Article 90(3) to deal with the unilateral conduct of undertakings.

Even where the only express power of the Commission is to make proposals there have, however, been interesting developments. Specific examples may be given from the agricultural sector in situations where the Council had failed to do what it should have done. The first illustration relates to the common fisheries policy: under Article 102 of the 1972 Act of Accession, the Council should have adopted legislation 'with a view to ensuring protection of the fishing grounds and conservation of the biological resources of the sea' by the end of 1978, but such legislation was not in fact adopted until 1983. In the meantime, the Commission had put forward proposals for a common fisheries policy suggesting total allowable catches (T.A.C.'s), and amended these proposals from time to time. It would appear that the Commission was prepared to authorize national catch quotas which followed the proposals, as is evidenced by Case 287/81⁷⁷ and eventually, the Council issued a series of Decisions on fisheries activities in waters under the sovereignty or jurisdiction of Member States requiring the Member States to observe the T.A.C.'s laid down in the Commission's proposals, as e.g. in Council Decision 82/739.⁷⁸ More contentious, however, was the fact that the Commission itself published a declaration⁷⁹ to the effect that it considered its proposals to be legally binding on the Member States. Whatever the view of the Council in the matter, no published retraction of this declaration appears to have been made.

The ramifications of accepting that Commission proposals may eventually become legally binding in themselves go far beyond the scope of this course; suffice it to say that the European Court had to consider the matter in Case 346/85 *United Kingdom v. Commission*,⁸⁰ which arose from the Commission's refusal to allow the Agricultural Guidance and Guarantee Fund to meet United Kingdom expenditure in relation to fisheries activities which were not in accordance with the Commission's proposals. In its judgment, the Court stated categorically that unilateral proposals by the

76 19 March 1991.

77 Case 287/81, *Kerr* [1982] ECR 4053.

78 OJ 1982 L 312/17.

79 OJ 1981 C 224/1.

80 [1987] ECR 5197.

Commission were not rules of Community law, emphasizing, in particular, that legislation having financial consequences should be certain and of foreseeable application. A similar view was taken in Case C-303/90 *France v. Commission*⁸¹ where the Commission appeared to impose obligations on Member States by a 'Code of Conduct' on the implementation of a Council Regulation. It was found that the Code went beyond what was required by the Regulation, and that in any event the Regulation did not confer implementing powers on the Commission.

Matters have, however, gone somewhat further in the cereals market, where 1985 saw the basic prices being set by legislation adopted unilaterally by the Commission. Under Article 43(2) of the EEC Treaty, legislation on common organizations of agricultural markets is adopted by the Council acting by a qualified majority on a proposal from the Commission, and it is further provided in Article 3 of Council Regulation 2727/75 on the common organization of the market in cereals⁸² that the target and intervention prices for each marketing year should be fixed by the Council under the same procedure. In 1985 it was proposed by the Commission, for the first time, that some of these prices expressed in European currency units should actually be reduced. The Council was unable to reach agreement on the matter by the appropriate date, which is not perhaps very unusual, but whilst it may be possible to 'stop the clock' when prices are likely to rise or stay the same, and pay the previous year's prices on a temporary basis, much greater difficulty arises if the aim is to reduce the guaranteed prices. If the previous year's prices were to be paid in such a case, producers would be paid an excessive price, part of which would have to be recovered once the new lower prices were agreed. The matter came to a head in June 1985, since under the version of Article 3 of the Regulation 2727/75 then in force, the intervention prices valid on 1 June in Greece, Italy and certain regions of France had to be adjusted in the light of the intervention prices fixed for August, which was then the first month of the new marketing year. In the light of the Council's failure to act on its proposals, the Commission on 20 June 1985 adopted Decision 85/309 on 'precautionary measures' with regard to the buying-in of cereals in Greece, Italy and those regions of France,⁸³ requiring the Member States to reduce certain of the previous year's prices by 1.8%. This was replaced by Commission Regulation 2124/85 adopted on 26 July 1985 (i.e. just before the start of the marketing year) applying general 'precautionary measures', in other words fixing lower prices, in the cereals sector other than durum wheat. In October 1985, the Commission exercised its express power under Article 13 of Regulation

81 13 November 1991.

82 OJ 1975 L 281/1, as subsequently amended.

83 OJ 1985 L 163/52.

2727/75 to fix import levies on cereals, adopting in Regulation 2956/85⁸⁴ levies calculated from the basic prices it itself had enacted. The outline history may be completed by stating that no Council legislation was adopted in the matter until Council Regulation 1584/86 of 23 May 1986⁸⁵ fixing the cereal prices for the 1986-87 marketing year, which expressly continued some of the prices fixed by the Commission.

In adopting its 'precautionary measures' the Commission declared in the recitals both to the Decision and to the subsequent Regulation that it was acting under Articles 5 and 155 of the EEC Treaty. Article 5 requires the Member States to take all appropriate measures to ensure fulfilment of the obligations resulting from the action taken by the institutions of the Community, to facilitate the achievement of the Community's tasks, and to abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of the Treaty, whereas Article 155 empowers the Commission, *inter alia*, to ensure that the provisions of the Treaty and the measures taken by the institutions pursuant thereto are applied. Presumably therefore the rationale of the Commission's action was that the failure of Member States in Council to fix the cereal prices in due time constituted a breach of their duties under Article 5 and that the Commission's duty under Article 155 was to ensure the application of the common organization of the market in cereals. What is, however, particularly remarkable is that no direct challenge to the Commission's legislation was mounted either by the Council as such or by any of the Member States, though it remains to be seen whether the validity of that legislation will be attacked by individual traders or producers through the national courts. This inaction on the part of the Member States forms an interesting contrast to the alacrity with which Germany, France, the Netherlands, Denmark and the United Kingdom sought the annulment of Commission Decision 85/381 establishing a prior communication and consultant procedure with regard to migration policies concerning nationals of non-Member States⁸⁶ which the Commission claimed to be able to issue under Article 118 of the EEC Treaty.⁸⁷

It could well be that in this case the Commission's legislation provided a mutually convenient solution to a difficult political problem. Be that as it may, if the legal basis on which the Commission acted does indeed authorize the enactment of legislation by the Commission in circumstances where the Council should have acted but has not done so, the potential scope for such Commission legislation is enormous, although it may be argued that such a legislative power should be restricted to matters such as

84 OJ 1985 L 285/8.

85 OJ 1986 L 139/41.

86 OJ 1985 L 217/25.

87 See, e.g., Joined Cases 281, 283-285, 287/85, *Germany v. Commission (Immigration of Workers)* [1987] ECR 3203.

the common organizations of agricultural markets which are entirely subject to rules of Community law. Subsequent examples of the same technique may be found, for example in the sheepmeat market in 1990,⁸⁸ and in fact in the market in oils and fats a recent Council Regulation⁸⁹ gave the Commission express power to act if the Council had not taken a Decision by a specific date.

In any event it is now clear from Case 63/83 *Kirk*⁹⁰ that where the Council's failure to act does not leave a legal vacuum but leads to the cessation of a derogation from the basic rules contained in other Council legislation (in this case the principle of equal access to the waters of other Member States), the Commission has no power unilaterally to derogate from that Council legislation.

III. The Institutions and the Administrative Process

Introduction

While much has been written on the Community legislative process, the role of the institutions as administrators has been somewhat less discussed. The Commission in particular has considerable administrative responsibilities, but the aim of this chapter is not so much to study the way in which the Commission has exercised specific administrative powers, such as its power of inspection under the competition rules, as to examine the extent to which Community law has developed a general theory of good administration.

It should perhaps be made clear at the outset that in European Community Law, the principle of good administration is not always legally enforceable, as was pointed out by Advocate-General Slynn in Case 64/82 *Tradax v. Commission*,⁹¹ where he stated that he did not consider, 'that there is any generalized principle of law that what is required by good administration will necessarily amount to a legally enforceable rule. To keep an efficient filing system may be an essential part of good administration but is not a legally enforceable rule. Legal rules and good administration may overlap (e.g. in the need to ensure fair play and proportionality); the requirements of the latter may be a factor in the elucidation of the former. The two are not necessarily synonymous. Indeed, sometimes when courts urge that something should be done as a matter of good administration, they do it because there is no precise legal rule.'

88 Commission Regulation 3890/90 (OJ 1990 L 367/154).

89 Council Regulation 1720/91, Article 4 (OJ 1991 L 162/27).

90 [1984] ECR 2689.

91 [1984] ECR 1359 at 1385-6.

The aim of this Chapter therefore is to examine those areas of Community administration which illustrate the exercise of managerial discretion by Community institutions in order to investigate the standards of conduct required by the principle of good administration and the sanctions or other legal consequences resulting from a failure to observe that principle. It is not, on the other hand, concerned with judicial control of legislation as such (bearing in mind Advocate General Warner's dictum that decisions addressed to individuals are not normative in nature⁹²), or with the control of quasi-judicial functions. It may nonetheless be observed that in Community law, as in other legal systems, the distinction is not always clear. Thus the right to be heard (*audi alteram partem*) as a general principle of Community law was defined in terms of public administration: 'a person whose interests are perceptibly affected by a decision taken by a *public authority* must be given the opportunity to make his point of view known.'⁹³

In many instances the conduct required of the Community administration is expressly laid down, and to that extent it is more easily susceptible to judicial review under Article 173 of the EEC Treaty or Article 33 of the ECSC Treaty. In this context, the example may be given of the first case in which an applicant under Article 33 of the ECSC Treaty successfully alleged a misuse of powers by the Commission; in the *Walzstahl*⁹⁴ case it was held that the Commission had misused its powers under two Decisions when it used general enabling provisions of these Decisions to grant derogations from the steel production quota system in favour of certain categories of producers in such a way as to evade the limitations contained in the provisions of those Decisions which specifically authorized such derogations only on an individual basis. One of these express requirements, that certain acts should be accompanied by a statement of reasons, will be considered more fully later in this Chapter.

As a concluding general point, however, it should be borne in mind that a breach even of an express requirement will not lead to the annulment of an act involving such a breach unless it can be shown that the resultant act would have been different had the breach not occurred,⁹⁵ so that where the Commission breached an express requirement not to communicate certain confidential information to the complainants in competition proceedings, it was held that this could not lead to the annulment of the subsequent decision since the information wrongly released had not enabled the com-

92 Case 19/77, *Miller International Schallplatten GmbH v. Commission* [1978] ECR 131 at 161.

93 Case 17/74, *Transocean Marine Paint Association v. Commission* [1974] ECR 1063.

94 Joined Cases 140 and 221/84, *Walzstahl v. Commission* [1984] ECR 951.

95 Case 90/74, *Deboeck v. Commission* [1975] ECR 1123.

plainant to put forward any argument likely to affect the substance of the decision.⁹⁶

Turning to the principles of good administration developed by the European Court, these may be grouped for convenience under four main headings: administrative good faith, consistency, diligence, and communication.

A. Administrative Good Faith

This is a phrase frequently found in the judgments of the European Court. It seems to a certain extent to be equated with reasonableness, so that it was a breach of the principle for the Commission to leave Ireland five days in which to amend legislation which had been in force for some 40 years and with regard to which the Commission had made no previous complaint following Ireland's accession to the Community.⁹⁷ Conversely, this principle means that the Commission's conduct should be judged in the light of the information available to it at the relevant time rather than with the benefit of hindsight.⁹⁸ Further, the famous principle of 'proportionality', which English lawyers might be tempted to regard as a version of reasonableness, first appeared in Community Law in the context of the exercise of managerial discretion in Case 8/55 *Fédéchar*,⁹⁹ where it was held that the High Authority's reaction to illegal conduct must be in proportion. It had been there argued that there was no need for the High Authority to fix prices itself for coal since the High Authority could simply withdraw equalization payments (i.e. subsidies) from undertakings which failed to reduce prices to the required level. However, the Court held that such indirect reaction to illegal conduct must be in proportion to the scale of the illegal conduct, so that the High Authority would only have power to reduce equalization payments to the extent to which the undertakings had not reduced their prices, since undertakings would, for various reasons, have an interest in preferring profits from high prices rather than the receipt of higher equalization payments, so that the only way of achieving an immediate reduction in prices was direct price-fixing by the High Authority. On the other hand, it has been held to be good administration for the Commission, where licences were available only for a limited quantity of goods, only to take account of those tenders which bid for the amount available or less, and to ignore those which bid for more than was available.¹⁰⁰

96 Joined Cases 209 to 215 and 218/78, *Van Landewyck v. Commission* [1980] ECR 3125.

97 Case 74/82, *Commission v. Ireland* [1984] ECR 317.

98 Case 114/83, *Société d'Initiatives v. Commission* [1984] ECR 2589.

99 [1954-56] ECR 292, at 299.

100 Case 354/87, *Weddel v. Commission* [1990] ECR 3847.

The Community institutions are required to observe the principle of administrative good faith even when in dispute with their staff.¹⁰¹ Thus it was held to be contrary to 'the good faith which must govern relations between the Community administration and its officials' for the Commission to argue that actions were out of time as being in reality aimed at decisions concerning pension rights taken in 1978 when the officials concerned could not find out until individual calculations were made in 1981 how they would be affected by these decisions. On the other hand it has been held to be incumbent upon a candidate for a post with one of the Community institutions to take steps to ensure that notices informing him of the date of tests will be able to reach him: in Case 155/85 *Strack v. Parliament*¹⁰² it was held that to give a candidate two weeks' notice of tests, even during the summer holidays, did not breach the principle of good administration.

B. Consistency

Another well-known general principle of Community law, the protection of legitimate expectation, underlies the requirement that the Community institutions should behave in a consistent manner. In the area of management and administration, this is perhaps most clearly shown in Case 81/72 *Commission v. Council*¹⁰³ It was necessary in this case to decide whether a Decision taken by the Council on 21 March 1972 to apply for a period of three years a particular system of adjusting the salaries of Community staff had a binding effect so as to prevent the Council from validly adopting a Regulation which was not in accordance with its terms. In the words of the judgment:

Taking account of the particular employer-staff relationship,... the rule of protection of the confidence that the staff could have that the Authorities would respect undertakings of this nature, implies that the Decision of 21 March 1972 binds the Council in its future action. Whilst this rule is primarily applicable to individual decisions, the possibility cannot by any means be excluded that it should relate, when appropriate, to the exercise of more general powers.

It is noteworthy that the Court, in so deciding, did not follow the Opinion of Advocate-General Warner citing case-law in the Member States, and in particular, English and French authorities, to the effect that the Council could not so bind itself.

In the relationship between Community institutions and their staff, this rule is of particular importance with regard to what the European Court generically refers to as 'internal directives', measures internal to an institu-

101 Joined Cases 118 to 123/82, *Celant v. Commission* [1983] ECR 2995.

102 [1986] ECR 3561.

103 [1973] ECR 575.

tion which are not in themselves legally binding. Hence, the Commission's 'methods of procedure' for transferring officials from Grade B to Grade A, although they did not constitute a rule of law binding on the administration, were held to be a rule of conduct indicating the practice to be followed, from which the administration could not depart without giving reasons.¹⁰⁴ This approach was held to be required also by the general principle of equality of treatment of the Commission's officials. In the result, a decision was annulled which departed from the 'methods of procedure' without giving reasons for so doing. A similar view has also been followed with regard, for example, to an 'internal directive' on the professional experience to be taken account of in grading officials under the Staff Regulations.¹⁰⁵

At the institutional level, it has similarly been held that even in the context of the legislative process, internal rules must be followed. So, in Case 68/86 *United Kingdom v. Council (Hormones)*¹⁰⁶ it was held that while previous practice of the Council could not alter the voting majorities required by the provisions of the Treaty, its internal rules could lay down the mechanisms for determining which voting procedure should be used, and could therefore require unanimous agreement before the written procedure was used, even if the substantive vote would be by qualified majority. Therefore if the Council's rules of procedure did lay down such a requirement, those rules must be followed unless the council formally modified them.

Moving away from internal rules, there is one well-known case where the exercise of the Commission's managerial discretion, in this case as to whether or not to institute proceedings under Article 169 of the EEC Treaty, appears to have had a quasi-legislative effect. This is the *Defrenne*¹⁰⁷ case, where the Court held that the direct effect of Article 119 of the EEC Treaty on equal pay for equal work as between men and women could only be invoked from the date of its judgment rather than from 1962 when it should have been implemented. The crux of the matter is a statement by the Court that 'in the light of the conduct of several of the Member States and the views adopted by the Commission and repeatedly brought to the notice of

104 Joined Cases 80 to 83/81 and 182 to 185/82, *Adam and others v. Commission* [1984] ECR 3411.

105 Case 25/83, *Buick v. Commission* [1984] ECR 1773; Case 343/82, *Michael v. Commission* [1983] ECR 4023; Case 190/82, *Blomefield v. Commission* [1983] ECR 3981. In these cases the internal directive was in fact interpreted against the applicants. However, in the first two of those cases, the Third Chamber ordered the Commission to bear the costs, since the applicants had relied upon a literal interpretation of its drafting; in the third case, on the other hand, the Second Chamber did not order the Commission to pay the costs, which appears to reveal a certain lack of consistency in the European Court.

106 [1988] ECR 855.

107 Case 43/75, *Defrenne v. Sabena II* [1976] ECR 455.

the circles concerned, it was appropriate to take exceptionally into account the fact that over a prolonged period the parties concerned had been led to continue with practices which are contrary to Article 119'. In particular the Court took account of the fact that although the Commission from time to time had threatened to institute proceedings under Article 169 of the EEC Treaty, for breach of Treaty obligations, it did not in fact do so. This was likely to consolidate an incorrect impression as to the effects of Article 119. Although it does not recognize that the Court is creating new law, this appears to be recognizing a kind of estoppel on a point of law, preventing the law being invoked for the past. This, to say the least, seems an interesting innovation, all the more interesting since the Court had held that a resolution of the Member States of 30 December 1961 and Council Directive No. 75/117 could not prejudice the direct effect of Article 119 at the expiry of the time limits laid down under it and under the Act of Accession – yet the Commission's conduct could! The obvious question is, how can an institution by its conduct produce a result which could not produce by express legislation? Be that as it may, it should be observed that the Court also grounded its judgment on the general principle of legal certainty, asserting that 'in the circumstances, it is appropriate to determine that as the general level at which pay would have been fixed cannot be known, important considerations of legal certainty affecting all the interests involved, both public and private, make it impossible in principle to reopen the question as regards the past'.

By way of contrast, there are many cases where it has been held that an individual may *not* rely on the wrongful conduct of the Commission, as in Case 188/82 *Thyssen*,¹⁰⁸ where a steel undertaking which had been unable to use the full tolerance on its quota for the last quarter of 1980, because it was communicated too late by the Commission, thereupon exceeded its quota for the first quarter of 1981. The European Court quite simply stated that 'a wrongful act on the part of the Commission cannot justify a breach of Community law by an undertaking, regardless of the economic justification relied on by the latter', although it did reduce the fine imposed to the nominal level of 5 ecu. Similarly, an individual cannot claim the benefit of illegal conduct which has been extended to others in the past: in Case 188/83 *Witte v. European Parliament*¹⁰⁹ the applicant tried unsuccessfully to invoke the benefit of the previous administrative practice of the Community institutions of treating an absence of six months during the previous five years from the place of employment as justifying an expatriation allowance and of treating the children of expatriate officials taking employment with an institution as if they were themselves expatriates.

108 [1983] ECR 3721.

109 [1984] ECR 3465.

These practices hardly accorded with the wording of the Staff regulations, and have been terminated following criticism by the Court of Auditors, the Community's financial watch-dog.

A similar approach has been taken with regard to past practices in the legislative process. In Case 68/86 *United Kingdom v. Council (Hormones)*,¹¹⁰ in the context of a Directive enacted under agricultural provisions of the Treaty which was admitted by the Council to deal also with the harmonization of national laws with a view to the protection of consumers and public health, the United Kingdom invoked the fact that the previous practice of the Council when faced with such mixed objectives had been to use a dual legal basis, making reference also to the general Article 100 of the Treaty.¹¹¹ It was held, however, that the legal basis must rest on objective factors which are amenable to judicial review, and that a mere practice on the part of the Council could not derogate from the rules laid down in the Treaty could not create a precedent binding on Community institutions with regard to the correct legal basis.

It is also well established that no Community official can give a valid undertaking not to apply Community law,¹¹² and in one of the cases arising under the ECSC steel production quota system,¹¹³ the Court held that the Commission is not bound by a statement of one of its senior officials promising that a fine will not be imposed; whilst that particular case also turned on the point that the Commission had no discretion but to impose a fine if a breach of the production quota was established, it appears to fall into the same category as the decision in a competition case,¹¹⁴ holding that the view of a senior official that an agreement is capable of exemption could not bind the Commission.

On the other hand, in Cases 29, 31, 36, 39-47, 50 and 51/63 *Usines de la Providence v. High Authority*,¹¹⁵ where promises to pay a 'transport parity' were made consistently over a period of time by officials of the old ECSC High Authority, this was held to constitute a lack of care by the High Authority in supervising its officials, so that although the 'transport parities' as such could not be paid, the High Authority was liable in damages.

There is, however, one area where it is clear that traders may not rely even on the previous *lawful* conduct of the Commission itself. This is with regard to the level of fines which may be imposed for breaches of the EEC

110 [1988] ECR 855.

111 See *supra* text at notes 43-46.

112 Case 188/82, *Thyssen v. Commission* [1983] ECR 3721.

113 Joined Cases 303 and 312/81, *Klöckner-Werke v. Commission* [1983] ECR 1599.

114 Case 71/74, *FRUBO v. Commission* [1975] ECR 563.

115 [1965] ECR 911.

competition rules. In the *Pioneer* case,¹¹⁶ for example, the European Court held that the Commission was not bound to mention in the statement of objections the possibility of a change in its policy regarding the general level of fines, since this was a matter of general policy unrelated to the facts of the particular case. Indeed, later in the judgment, after mentioning that the Commission had admitted that it had in this case imposed a level of fines considerably higher than in the past, the court stated that not only is the Commission not estopped from raising the level of fines for certain types of infringement, but that 'the proper application of the Community competition rules requires that the Commission may at any time adjust the level of fines to the needs of that policy.' Whatever may be thought of this principle by the undertakings affected, it does seem to accord with the established case law on the subject. Thus in the *BMW* cases,¹¹⁷ it was held that the fact that the Commission had not previously seen fit to fine retailers in the type of situation at issue did not prevent it from exercising its power to do so. On the other hand, although reliance may not be placed upon the Commission's practice with regard to the level of fines, it is clear that before a penalty may be imposed at all, there must be a clear and unambiguous provision authorizing its imposition.

C. Diligence

The principle of diligence in Community administration is here used to cover, in particular, the duty to reply to requests and to act in due time. Some time limits for the performance of such obligations are stated expressly in the Treaties: Article 175 of the EEC Treaty and 35 of the ECSC Treaty set a period of two months during which the Commission (or Council under the EEC Treaty) may respectively define its position or act to avoid an action for failure to act. This time limit has been applied by analogy to the Commission's consideration of state aids,¹¹⁸ where it has been held that a new aid which had been notified to the Commission by a Member State under Article 93 of the EEC Treaty should be treated as an 'existing' aid (and therefore not requiring approval in advance from the Commission) if the Commission did not respond within two months, on the basis that the Commission could not be regarded as acting with 'proper diligence' if it omitted to define its attitude within a reasonable period. However, although the Commission was not therefore bound to take a formal favourable decision, the Court did add that 'it is in the interests of good administration for the Commission ... to inform the State concerned'

116 Joined Cases 100-103/80, *Pioneer v. Commission* [1983] ECR 1825.

117 Cases 32 and 36-82/78 *BMW v. Commission* [1979] ECR 2435.

118 Case 120/73, *Lorenz v. Germany* [1973] ECR 1471.

— an example of the requirement of communication to be considered later in this Chapter.

Perhaps the most extreme example of failure to reply to complaints has occurred in relation to staff disputes. Under Articles 90 and 91 of the Staff Regulations, an official of a Community institution must submit a complaint through his immediate superior to his appointing authority, which has four months to respond, before bringing an action (which will now be before the Court of First Instance¹¹⁹); this system was intended to reduce the number of staff cases coming before the European Court by allowing an internal remedy, but there have been periods where the obligation to respond appears to have been virtually ignored by the institutions¹²⁰

Even where no specific time limit is laid down or no express obligation to reply is imposed, the Court has adopted a general principle that the institutions should reply to requests. Two examples may be given of a failure to reply on the part of the Commission which gave rise to the comments of the Court. In the *IAZ International* case,¹²¹ in the context of an alleged breach of Article 85 of the EEC Treaty, the Court held that the Commission had failed to observe the requirements of good administration by failing to respond to a draft of a revised agreement between the parties concerned, even if that revised agreement did not meet all the points raised by the Commission and could not have altered the ultimate decision. In the *Lucchini* case,¹²² the Commission failed to reply to a telex from a steel undertaking offering to cut its future production so as to make up for having previously exceeded its production quota. In this latter case, the Commission's conduct led the Court to reduce the fine imposed on the undertaking concerned to half the normal rate. Fines have similarly been reduced where the Commission did not respond to a request for the alteration of a steel delivery quota until the quota in question had expired,¹²³ and a symbolic fine has been imposed where a revised quota was communicated late by the Commission.¹²⁴

More generally, the Commission has been ordered to pay an official's costs where there was undue delay in indicating his administrative position,¹²⁵ and in Joined Cases 19, 20, 25 and 30/69 *Richez-Parise*¹²⁶ the

119 Article 3(1)(a) of Council Decision 88/591 (OJ 1988 L 319 and 1989 L 241 (corrigenda)).

120 It is recorded in the House of Lords Select Committee's Report on the 1979 proposal to establish a Staff Administrative Tribunal (Session 1978-9, 17th Report) that of 15 staff cases decided by the Court in 1978, in only one case was a full reply made to the internal complaint within the time limit!

121 Cases 96-102, 104, 105, 108 and 110/82, [1983] ECR 3369.

122 Case 179/82, [1983] ECR 3083.

123 Case 2/83, *Alfer v. Commission* [1984] ECR 799.

124 Case 188/82, *Thyssen v. Commission* [1983] ECR 3721.

125 Case 61/74, *Santopietro v. Commission* [1975] ECR 483.

126 [1970] ECR 325.

European Court held that although the giving of wrong information to an official did not in itself give rise to liability in damages, delay in rectifying that information did give rise to liability. A similar view has been taken where officials were misled as to the very existence of a rent allowance; it was held that in so far as the error was not corrected in good time, as a result of negligence on the part of the Commission, the applicants could recover damages to compensate for the harm suffered as a result of the Commission's maladministration.¹²⁷

On the other hand, there are some instances where the European Court has not regarded apparently quite lengthy delays as breaching the principles of good administration. So, in Case 103/83 *Usinor v. Commission*,¹²⁸ a delay of 18 months in adapting ECSC quotas to meet the demand for certain new products, from when the Commission's attention was drawn to the point, was held not to be excessive, presumably because of the need to investigate the situation. Also in Case 14/78 *Denkavit v. Commission*,¹²⁹ a delay of 21 months before the Commission commenced enforcement proceedings against Italy under Article 169 of the EEC Treaty in relation to an Italian prohibition of certain substances in animal foodstuffs was accepted on the grounds that 'the Commission cannot be blamed for having waited until it was fully informed before adopting a decision in a matter as complex as the presence in feeding-stuffs of substances which might prove to be undesirable from the point of view of human or animal health'. It would appear therefore that the greater the technical complexity of the matter, the greater the delay that is acceptable – though the commentator might be forgiven for doubting whether the assessment of the compatibility of a state aid with Community law could always be regarded as a non-complex problem, despite the mere two months allowed in *Lorenz*.¹³⁰ However, the Court of First Instance has held that a delay of three years in preparing a report is a *faute de service* if it leaves an official's file irregular or incomplete, giving rise to a liability in damages.¹³¹

D. Communication

It is now well established in Community law that communication of a decision is separate from the taking of that decision. So far as Community officials are concerned, Article 25 of the Staff Regulations requires decisions relating to specific individuals to be communicated in writing to the official concerned, but in Joined Cases 316/82 and 40/83 *Kohler v. Court*

127 Joined Cases 176 and 177/86, *Houyoux v. Commission* [1987] ECR 4333.

128 [1984] ECR 3483.

129 [1978] ECR 2497.

130 [1973] ECR 1471.

131 Case T-73/89, *Barbi* (8 November 1990).

of *Auditors*¹³² it was held that since communication necessarily *follows* the making of a decision,¹³³ written communication could not be a precondition for the existence of a decision; that case in fact involved an oral decision communicated in a conversation between the President of the Court of Auditors and the applicant, and the Court of Justice took the view that in any event it was not open to the Court of Auditors to claim that its own failure to communicate the decision in writing meant that there was no decision. However, this also means that delay in communicating a decision will not lead to the annulment of the decision as such, since communication, being later in time, can have no influence on the substance of the decision. However, in the case¹³⁴ in which this point arose, which involved delay by the European Parliament, the delay was said to be 'regrettable', and the Parliament was ordered to pay the costs; it continues to be the case that a failure to communicate information may lead to the institution being required to pay the costs or a proportion of them.¹³⁵

To some extent, the degree of communication required by Community principles of good administration may overlap with principles of natural justice. Under Article 26 of the Staff Regulations, documents concerning administrative status, and all reports relating to ability, efficiency and conduct may not be used or cited by the institutions *against* an official unless they were communicated to him before they were filed. A similar approach has been developed by case-law in relation to competition proceedings before the Commission, so that the Commission may not rely on undisclosed information in reaching its decision.¹³⁶ Hence, if the Commission wishes to protect its sources, or is not allowed to pass on certain information (e.g. business secrets), it cannot make direct use of that information.

Three particular problems will next be considered which, if they are not concerned with the mechanical process of communication, can nevertheless be regarded as concerned with communication in a broader sense: the duty not to mislead, the liability to explain, and the duty to state reasons.

1. Duty not to mislead

The principle that there may be a liability in damages where loss has been suffered as a result of giving of misleading information by a Community institution was established in Case 169/73 *Continentrale France v.*

132 [1984] ECR 641.

133 As previously held in Case 125/80, *Arning v. Commission* [1981] ECR 2539 at 2552.

134 Case 111/83, *Picciolo v. European Parliament* [1984] ECR 4249.

135 See the judgment of the Court of First Instance in Case T-156/89, *Mordt* (27 June 1991).

136 Case 322/81, *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461; Case 107/82, *AEG Telefunken v. Commission* [1983] ECR 3157.

Council,¹³⁷ although it was there held that the applicant, as a prudent trader knowing the market, should not have relied on the Council's information. The basic criteria of liability appears to be whether the conduct in question 'could and should have caused such an error in the mind of a prudent person'. At first sight this is difficult to reconcile with the cases mentioned above where liability was held to flow not from the giving of wrong information but from the failure of the institution adequately to supervise its officials¹³⁸ or from its failure to correct the wrongful information.¹³⁹ The difference may well be that in this case the information purported to be issued by the Council as an institution for the information of third parties.

In a number of cases, the giving of misleading information by an official has been reflected in the order as to costs. Hence, in Joined Cases 15 and 29/59 *Knutange v. High Authority*,¹⁴⁰ the successful defendant was ordered to pay the costs of an action caused by the receipt of a letter from a High Authority official implying that a decision had been taken when that was not the case. Similarly,¹⁴¹ the Commission was ordered to pay the costs where a senior Commission official had given the applicant incorrect information regarding expatriation allowances, and the same occurred¹⁴² where the applicants had been given incorrect information with regard to the exchange rates at which they could transfer some of their salary to their home State.

2. Liability to explain

Apart from the express requirement to state reasons for most Community acts, the European Court has, as a matter of case law, developed a general principle that explanations should be given, particularly where an individual or trader is treated otherwise than he might normally expect to be treated under general Community law. In practice this often means that the institution is required to state *how* it has acted, as well as *why* it has acted. In Case 144/82 *Detti v. Court of Justice*,¹⁴³ the Court's selection board had failed to indicate the criteria by which it had marked the papers of candidates taking a test in Luxembourg more severely than the papers of candidates taking the same test in Brussels (apparently because the candidates in Brussels had accidentally been given a longer dictation passage). The Court in its judicial capacity therefore annulled the decision of its selection

137 [1975] ECR 117.

138 Joined Cases 29/31, 36, 39-47, 50 and 51/63, *Usines de la Providence v. High Authority* [1965] ECR 911.

139 Joined Cases 19, 20, 25 and 30/69, *Richez-Parise v. Commission* [1970] ECR 325.

140 [1960] ECR 1.

141 Case 137/79, *Kohll v. Commission* [1980] ECR 2601.

142 Joined Cases 783 and 786/79, *Venus and Obert v. Commission* [1981] ECR 2445.

143 [1983] ECR 2421.

board, on the basis that a corrective factor must be applied unequivocally and that the persons concerned were entitled to be informed of the criteria adopted. On the other hand,¹⁴⁴ it has been held that a failure to indicate the conditions required for the recruitment of all candidates under the exceptional procedure of Article 29(2) of the Staff Regulations,¹⁴⁵ so that the normal rules would not in any event apply, did not automatically invalidate the selection made, although even here it could give rise to a liability in damages, and the Parliament (the defendant institution) was ordered to pay the costs.

In the steel sector, it was held in Case 270/82 *Estel v. Commission*¹⁴⁶ that the Commission should have communicated the methods by which it had altered steel quotas, although the only outcome here was that the Court reduced the fine for exceeding the quota.

The problem also arises in connection with the calculation of prices in agricultural markets where general legislation may be at issue. In Case 64/82 *Tradax v. Commission*,¹⁴⁷ the Court did lay down criteria as to when the Commission may be required to explain its calculations. It held that the Commission could be required to produce its calculation of CIF prices of cereals (which were at issue in that case) in judicial proceedings, but that as a matter of 'good administration' it should also periodically publish the data used. However, it was not required to publish the data on the request of an individual trader. It would therefore appear that, as will be evident with regard to the express requirement to state reasons, less explanation is required of general legislation than is required where an act is addressed to an individual.

3. Duty to state reasons

Article 190 of the EEC Treaty and Article 162 of the Euratom Treaty stipulate that 'Regulations, Directives and Decisions of the Council and of the Commission shall state the reasons on which they are based and shall refer to any proposals or opinions which were required to be obtained pursuant to this Treaty', i.e. they lay down the requirement that those acts which are defined in the Treaties as being capable of producing binding effects must be reasoned. The ECSC Treaty, on the other hand, also requires that Opinions, which are defined as having no binding force, should be reasoned, its Article 15 laying down that 'Decisions, Recommendations and Opinions of the [Commission] shall state the reasons on which they are

144 Case 289/81, *Mavrides v. European Parliament* [1983] ECR 1731.

145 Which allows a procedure other than the competition procedure to be used for the recruitment of Grade A1 or A2 officials.

146 [1984] ECR 1195.

147 [1984] ECR 1359.

based...'; indeed, even under the system of the EEC and the Euratom Treaties, individual provisions of those Treaties authorizing Opinions to be issued do in fact tend to require them to be reasoned. Hence, under Article 169 of the EEC Treaty, if the Commission considers that a Member State has failed to fulfill an obligation under that Treaty, it delivers a 'reasoned opinion' on the matter. With regard to acts which are general in nature, it has been held that the statement of reasons 'may be confined to indicating the general situation which led to its adoption, on the one hand, and the general objectives which it is intended to achieve on the other'.¹⁴⁸

With regard to the role of the statement of reasons in decisions which are individual in nature and which are therefore more relevant to discussion of managerial or administrative discretion, the Court enounced the view which it has subsequently maintained most clearly in Case 24/62 *Germany v. Commission*,¹⁴⁹ where it held that Article 190 of the EEC Treaty 'seeks to give an opportunity to the parties of defending their rights, to the Court of exercising its supervisory functions, and to Member States and to all interested nationals of ascertaining the circumstances in which the Commission has applied the Treaty. To obtain these objectives, it is sufficient for the Decision to set out, in a concise but clear and relevant manner, the principal issues of law and fact upon which it is based and which are necessary in order that the reasoning which has led the Commission to its Decision may be understood'. So defined, the statement of reasons has become an extremely important element in the development of judicial control over individual decisions: it forces the institution to commit itself as to what are the relevant issues of law and fact, and in so doing gives those affected something concrete to challenge, if they are so minded, and gives the Court something concrete to review.

Indeed, it may be observed that the Commission's individual competition decisions consist largely of a statement of reasons, with only a few lines of substantive decisions at the end.

Leaving aside the steel sector, and the EEC competition rules, it will be evident from the earlier part of this Chapter that it is in their dealings with their officials that the Community institutions act in a manner which is most clearly administrative or managerial and it is here that the requirement for a statement of reasons has been more restrictively interpreted in the context of individual decisions, although a trend towards greater judicial control would appear to be evolving. Under Article 25 of the Staff Regulations 'any decision relating to a specific individual which is taken under these Staff regulations shall at once be communicated in writing to the official concerned. Any decision *adversely affecting* an official shall

148 Case 5/67, *Beus v. HZA München* [1968] ECR 83.

149 [1963] ECR 63.

state the grounds on which it is based.' The relationship of this provision to the basic Treaty requirements does not appear to have been considered until relatively recently, although it should be borne in mind that the Treaty requirements are expressed to apply only to the Council and Commission (in the case of the ECSC only the Commission) and not the other institutions.

Before the enactment of the Staff Regulations, it was held, apparently as an application of a general principle of administrative law, in Joined Cases 43, 45 and 48/59 *Lachmüller and others v. Commission*,¹⁵⁰ that a statement of the grounds for a decision affecting an official must be made in terms which are specific and capable of being challenged. Since its enactment, however, Article 25 of the Staff Regulations has tended to be taken very much at face value: so, in a line of case beginning with Joined Cases 94 and 96/63 *Bernusset v. Commission*,¹⁵¹ it has been held that there is no need for a decision promoting an individual to be reasoned since it does not adversely affect the person to whom it is addressed, i.e. the successful candidate, and that to give reasons for not appointing the unsuccessful candidates might prejudice them. However, since the judgment in Case 44/71 *Marcato v. Commission*,¹⁵² this position has been relaxed somewhat in so far as an appointment or promotion results from a competition: although the final choice need not be reasoned, it was held that there was a first stage during which it was decided whether the candidates complied with the conditions set out in the notice of competition and hence could be allowed to take part in the competition. The Court found that this was carried out on the basis of information which was objective, and that 'sufficient reasons must be given for the reasons arrived at'. It was held not to be sufficient simply to indicate the condition the applicant was considered not to satisfy, without explaining why. This view has been repeated in a number of later cases, e.g. in Case 112/78 *Sonne v. Commission*.¹⁵³ Here, the applicant had been admitted to take part in a competition in 1975, but was refused admission to a competition for which similar qualifications were required in 1977. The Second Chamber held that 'a candidate cannot form the subject of a less favourable appraisal than that made of him in a previous competition, unless the statement of reasons on which the decision is based clearly justifies such a difference of appraisal', and that a mere reference to the condition which was not fulfilled could not satisfy this requirement.

However, by way of contrast, in Case 69/83 *Lux v. Court of Auditors*,¹⁵⁴ the Second Chamber held that account could be taken of the

150 [1960] ECR 463 at 474-475.

151 [1964] ECR 297 at 309.

152 [1972] ECR 427 at 434.

153 [1979] ECR 1573.

154 [1984] ECR 2447.

surrounding circumstances (including previous conduct) to see if a decision was adequately reasoned, even if the express reasoning was not sufficient in itself. In its context, the decision was held to be adequately reasoned, although the Court of Auditors was ordered to pay the costs since the litigation was caused by the inadequacy of its express reasoning. Furthermore, the Court has stated on a number of occasions that an internal measure which does not affect the statutory position of an official need not be reasoned,¹⁵⁵ even though it may adversely affect the personal position of the official, as when scientists from a Euratom research centre were refused permission to present papers at an international conference.¹⁵⁶

Perhaps the lowest point in the Court's view of the role of the statement of reasons in staff cases was reached in relation to dismissals under Article 50 of the Staff Regulations. Most of the provisions concerned with dismissal specifically required a reasoned decision, but Article 50, which allows for the 'retirement' by the appointing authority of certain very senior officials (in grades A1 or A2) 'in the interests of the service' does not. Thus in Case 17/68 *Reinarz v. Commission*,¹⁵⁷ the First Chamber of the Court held that 'it is clear from this provision that reasons do not have to be given for such decisions'. However, in Case 34/77 *Oslizlok v. Commission*,¹⁵⁸ when the matter again came before the First Chamber, it was held that a statement that the comparative qualifications of the various officials concerned had actually been examined satisfied 'the requirements contained in Article 190 of the Treaty and the second paragraph of Article 25 of the Staff Regulations to the effect that decisions shall state the reasons on which they are based.' Thus it would appear that there has at last been, albeit to a very limited degree, some recognition of the Treaty requirements even in the matter of decisions affecting officials.

Such requirements do not, however, appear to have been followed in certain cases concerned with dismissals at the other end of the spectrum. In Case 346/82 *Favre v. Commission*¹⁵⁹ it was held that there was no need to communicate the reasons for the dismissal of a probationary temporary official on an indeterminate contract under Article 47(2)(a) of the 'Conditions of Employment of Other Servants of the European Communities', on the basis that that provision empowered the employing institution to terminate a contract simply on giving the appropriate period of notice, so that the Court could not intervene unless there was a patent error or misuse of

155 Joined Cases 36, 37 and 218/81 *Seton v. Commission* [1983] ECR 1789.

156 Case 338/82, *Albertini and Montagnani v. Commission* [1984] ECR 2123.

157 [1969] ECR 61 at 70.

158 [1978] ECR 1099 at 1114.

159 [1984] ECR 2269.

power.¹⁶⁰ Whilst, from the reports of these cases it would appear that the officials concerned can have had little doubt as to why they were dismissed, they hardly seem to accord with the principle that the decision itself should be reasoned underlying Article 190 of the Treaty and Article 25 of the Staff Regulations.

E. Effects of Failure to Observe Rules of Good Administration

The range of remedies available will have appeared from the discussion of the principles of good administration. A summary may, however, be attempted here. Where the rule of good administration is one expressly laid down by Community law, such as the requirement to state reasons, its breach may well constitute an infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application or an infringement of an essential procedural requirement, so as to lead to the annulment of an act resulting from or involving such a breach, under Article 173 of the EEC Treaty or Article 33 of the ECSC Treaty, or a declaration of invalidity on a reference for a preliminary ruling. However, it has also been seen that breach of unwritten general principles of good administration may also lead to annulment, as where 'methods of procedure' were not followed¹⁶¹ or where corrective factors applied to recruitment lists were not indicated,¹⁶² or where legitimate expectations were breached.¹⁶³

There is indeed some authority for the view that an act not susceptible to annulment may nevertheless be declared 'inexistent'. In Joined Cases 1 and 14/57 *Usines à Tubes de la Sarre v. High Authority*¹⁶⁴ the Court was faced with an application for the annulment of what purported to be an Opinion under Article 54 of the ECSC Treaty; in considering the real nature of this act, it was held that a statement of reasons for an Opinion was not only required by the ECSC Treaty, but that 'it is an essential, indeed constituent element of such an act, with the result that in the absence of a statement of reasons that act cannot exist', and the Court concluded that the measure at issue, not being reasoned, was non-existent! This doctrine of 'non-existence' may not be totally unconnected with the fact that, as the Court itself recognized later in its judgment, under Article 33 of the ECSC Treaty it has jurisdiction to annul only Decisions and Recommendations,

160 The fact that a temporary official is employed under a contract marks a fundamental distinction from an established official, who is employed under the terms of the Staff Regulations.

161 Joined Cases 80 to 83/81 and 182 to 185/82, *Adam and others v. Commission* [1984] ECR 3411.

162 Case 144/82, *Detti v. Court of Justice* [1983] ECR 2421.

163 Case 81/72, *Commission v. Council* [1973] ECR 575.

164 [1957/1958] ECR 105 at 112-113.

and not Opinions; hence by declaring the measure 'non-existent' it was exercising control over an act which it has no direct power to annul. Following the hint thrown out by the Court in its judgment in Case 60/81 *IBM v. Commission*¹⁶⁵ that mere procedural steps not in themselves acts capable of annulment may nonetheless be subject to judicial review 'where the measures concerned lack even the appearance of legality', it may be wondered if the declaration of 'inexistence' would be appropriate here also.

The payment of damages may also be ordered where harm results from a failure to observe the requirements of good administration, such as a lack of supervision or control of the statements made by officials to undertakings,¹⁶⁶ or undue delay in rectifying incorrect information,¹⁶⁷ and it would appear from Case 289/81 *Mavrides v. European Parliament*¹⁶⁸ that damages may be the appropriate remedy where the failure at issue is not of such a nature as automatically to invalidate the measure in question. The principles of good administration may also be used as a defence as in Joined Cases 118-123/82 *Celant v. Commission*,¹⁶⁹ where the requirement of administrative good faith was invoked to resist a claim by the Commission that the action was out of time.

In many cases, a breach of the requirements of good administration has led to a reduction in the level of a fine imposed by the Commission, if not to the annulment of the decision as such, as in several cases involving failure or delay by the Commission in responding to requests for alteration of ECSC quotas.¹⁷⁰

Finally, it may be observed that in many cases where the failure on the part of an EC institution to observe the principles of good administration does not in itself affect the legality of what has been done, that institution may still be ordered to meet the costs, as where the applicant has been misled by the drafting of the measure at issue¹⁷¹ or there has been a failure to communicate relevant information.¹⁷² In a number of instances, however, the recognition that the standards of good administration have not been observed is accompanied by nothing more than an expression of regret on the part of the Court, particularly, it might be said, in matters of competition

165 [1981] ECR 2639.

166 Joined Cases 29, 31, 36, 39-47, 50 and 51/63 *Usines de la Providence v. High Authority* [1965] ECR 911.

167 Joined Cases 19, 20, 25 and 30/69 *Richez-Parise and others v. Commission* [1970] ECR 325.

168 [1983] ECR 1731.

169 [1983] ECR 2925.

170 E.g. Case 188/82, *Thyssen v. Commission* [1983] ECR 3721.

171 E.g. Case 25/83, *Buick v. Commission* [1984] ECR 1773; Case T-7/90, *Kobor* (27 November 1990).

172 E.g. Case 289/81, *Mavrides* [1983] ECR 1731.

procedure.¹⁷³ For the most part, this can perhaps best be explained as an illustration of the general principles that a breach of Community law will only successfully ground an action for annulment if it can be shown that the act at issue would have been different in the absence of the irregularity¹⁷⁴ and that the applicant has an interest in taking the point.¹⁷⁵

Whilst the pattern is not wholly uniform, it may certainly be stated by way of conclusion that the exercise of managerial discretion in the European Community is indeed subject to judicial review even where it does not constitute an abuse of powers by the institution concerned. Rather, with the exception of certain specific provisions on the dismissal of a limited range of staff, such restraint in the exercise of judicial review has so far only been encountered where the European Court is faced with a reference for a preliminary ruling on the validity of general economic legislation involving an 'evaluation of a complex economic situation'.¹⁷⁶ In the context of simple administration, on the other hand, whilst not every breach of the principles of 'good administration' may give rise to legal remedies, a legal remedy is available in Community Law if that breach affects a legal or legally protected situation or gives rise to quantifiable harm.

IV. Community Legislation: Its Nature and Effects

A. Characteristics of the Treaties

Unlike, for example, the Convention establishing the European Free Trade Association, it becomes apparent from the very terms of the Treaties establishing the three European Communities that they are concerned not only with relationships between States, but also with relationships between individual subjects of the law within those States. They expressly impose obligations, or enable obligations to be imposed, on individuals and individual undertakings, and also expressly confer rights, or at least rights of action, upon them. Nowhere is this more apparent than in the first of these Treaties, that establishing the European Coal and Steel Community. In substance, it regulates the behaviour of *undertakings* in the coal and steel

173 E.g. Joined Cases 96 to 102, 104, 105, 108 and 110/82, *IAZ International v. Commission* [1983] ECR 3369.

174 E.g. Joined Cases 209 to 215 and 218/78, *Van Landewyck v. Commission* [1980] ECR 3125 at 3239.

175 Case 90/74, *Deboeck v. Commission* [1975] ECR 1123. See J.A. Usher, *European Court Practice* (1983) para. 1-32.

176 E.g. Case 55/75, *Balkan-Import-Export v. HZA Berlin-Packhof* [1978] ECR 19 at 30. A similar question of needing to show manifest and serious error arises in relation to the award of damages in relation to harm caused by normative acts – see the judgment of the Court of First Instance in Case T-120/89, *Stahlwerke Peine-Salzgitter v. Commission* (27 June 1991).

sectors, it creates a non-national Community body, the High Authority (now the Commission), with powers to issue decisions binding on these undertakings, and it grants the undertakings the right, under certain conditions, to bring an action for the annulment of individual decisions concerning them, or to bring an action in relation to a failure to take a decision.

In the scheme of the EEC Treaty, the provisions which most obviously create express obligations for individual undertakings are Article 85 and 86, setting out the rules governing competition. By way of contrast with Article 15 of the EFTA Convention, which begins by saying 'Member States recognize that the following practices are incompatible with this Convention...', Article 85 of the EEC Treaty prohibits certain agreements 'between undertakings', decisions 'by associations of undertakings' and concerted practices which may affect trade between Member States, and Article 85 states that such agreements or decisions shall be automatically void. Article 86 prohibits the abuse of a dominant position within the common market 'by one or more undertakings' in so far as it may affect trade between Member States. Conversely, Article 173 of that Treaty enables 'any natural or legal person' to institute proceedings against a decision of the Council or Commission addressed to that person, which in practice is only likely to be a Commission decision enforcing the competition rules, and Article 175 enables him or it to complain of a failure to address a decision to him or it. More generally, however, Article 173 allows an individual to challenge a decision addressed to another person or a regulation which is of direct and individual concern to him; furthermore, the concept underlying Article 177, enabling national courts to refer questions as to validity and interpretation of Community law to the European Court of Justice, would appear to be that Community law will be at issue in private disputes before national courts.

Apart from those Articles which expressly relate to the rights and obligations of individuals, there are many provisions of the EEC Treaty couched in general terms which have been held to reach beyond the Member States as such and to be binding upon individuals within those states. Thus the prohibition in Article 30 of measures having equivalent effect to quantitative restrictions on imports has since Case 78/70 *Deutsche Grammophon v. Metro-SB-Grossmärkte*¹⁷⁷ been held to restrict the use by individuals of industrial property rights so as to prevent parallel imports from other Member States, a possibility which appears to have been foreseen by those who drafted the Treaty, since Article 36 exempts from the prohibition restrictions justified on grounds of the protection of industrial and commercial property, provided they do not amount to arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States. In the result, only the

177 [1971] ECR 487.

'specific subject matter' of industrial property rights can be protected, defined in the *Centrafarm*¹⁷⁸ cases [1974] ECR 1147 and 1183 in terms of the right of first marketing within the Community, so that, for example, a patent holder cannot prevent the import into a Member State of goods marketed by himself or with his consent elsewhere in the Community.

Although some commentators¹⁷⁹ have found no difficulty in recognising that the free movement of goods rules impose obligations on private persons, it may be noted in the present context that others have suggested that it is the judgment of a national court prohibiting the import of goods pursuant to an individual property right which constitutes the measure having equivalent effect to a quantitative restriction,¹⁸⁰ or that it is the national legislation protecting the industrial property right which constitutes such a measure.¹⁸¹ The former view was, however, before the Court in the *Centrafarm* cases, and nowhere appears in its decisions which refer rather to the way in which the holder of industrial property rights may exercise such rights.

While the Court has consistently maintained its case-law on the exercise of industrial and intellectual property rights, its subsequent dicta in other areas are not always easy to reconcile. In Case 58/80 *Dansk Supermarket v. Imerco*,¹⁸² in the context of alleged unfair trading practices, it was stated that 'it is impossible in any circumstances for agreements between individuals to derogate from the mandatory provisions of the Treaty on the free movement of goods'. On the other hand, in Joined Cases 177 and 178/82 *Officier van Justitie v. Van de Haar*,¹⁸³ a comparison was made between Articles 30 and 85 in which it was suggested that the competition rules are addressed to undertakings and associations of undertakings, whereas the free movement of goods rules seek to eliminate measures taken by Member States, and a similar view was expressed in Case 311/85 *Vlaamse Reisbureaus*.¹⁸⁴ It may be suggested that these views were *obiter*, particularly in the second case, which involved the application of the competition rules to a supply of services, and that the situation remains that actions by an individual may be subject to Articles 30 and 34 at least where they involve the use of legal rights and remedies. However, an individual acting outside a legal context is almost certainly not subject to those rules, as ap-

178 Case 15/74, *Centrafarm v. Sterling Drug* [1974] ECR 1147; Case 16/74, *Centrafarm v. Winthrop* [1974] ECR 1183.

179 Van Gerven, 'The Recent Case-law Concerning Articles 30 and 36 of the EEC Treaty', *CML Rev.* (1977) 5.

180 H. Johannes, *Industrial Property and Copyright in European Community Law* (1976).

181 C.W. Bellamy and G. Child, *Common Market Law of Competition* (2nd ed., 1978) 267.

182 [1981] ECR 181.

183 [1984] ECR 1797.

184 [1987] ECR 3801.

pears from Case 222/82 *Apple and Pear Council*.¹⁸⁵ It was there indicated that whilst it might be a breach of Article 30 for a publicly-financed body to promote national products on the basis of their national origin, greater liberty could be enjoyed by producers themselves or producers' associations of a voluntary character with regard to their advertising.

Less controversial is the fact that the rules on the free movement of persons, again expressed in general terms, are capable of imposing obligations on individuals, in particular private employers, trade associations and interested professional bodies. In Case 36/74 *Walrave and Koch*¹⁸⁶ rules made by the Union Cycliste Internationale, the cycle racing supervisory body, were at issue. The body amended the rules relating to cycling championships behind motor cycles so as to require that the 'pacer' (the motor cyclist) should be of the same nationality as his 'stayer' (the pedal cyclist). The amendment was challenged by two Dutch professional pacers, who had frequently ridden with Belgian and German stayers, and the question arose whether Article 48, relating to free movement of workers, which was relevant if the pacer was an employee of the stayer, and Article 59, relating to freedom to supply services, which was relevant if the pacer was an independent contractor, could apply to the rules of an international sporting federation. In the observations put before the Court, there was in fact no dispute that Article 48 was capable of extending to agreements and rules which do not emanate from public authorities. On the other hand, the Commission argued that Article 59 could not bind private persons, partly because certain of the subsequent Treaty provisions governing the provision of services related to the abolition of measures by the State. The Court, however, took the view that 'this fact does not defeat the general nature of the terms of Article 59, which makes no distinction between the source of the restrictions to be abolished'.

In the context of the social legislation, one provision which on the face of it is addressed only to Member States has in fact been found to be of general application. This is Article 119, which in terms obliges each Member State to maintain the application of the principle that men and women should receive equal pay for equal work. However, in Case 43/75 *Defrenne II*¹⁸⁷ the Court stated that 'the prohibition on discrimination between men and women applies not only to the action of public authorities but also extends to all agreements which are intended to regulate paid labour collectively, as well as to contracts between individuals'. It did so after holding that the principle of equal pay formed part of the foundations of the Community, and after A.G. Trabucchi had delivered an opinion

185 [1983] ECR 4083.

186 [1974] ECR 1405.

187 [1976] ECR 455.

treating Article 119 as being analogous in nature to the rules on the free movement of persons contained in Articles 48 and 59.

B. Community Secondary Legislation

Not only do the Treaties contain rules intended to regulate the affairs of individuals within the Member States, they also lay down mechanisms by which Community rules can be directly applied to or by individuals.

The EEC Treaty envisages that legislation will be issued by the Council or the Commission, and envisages in its Article 189 three main types of binding legislation described as Regulations, Directives and Decisions. Regulations are defined as being of general application, that is capable of binding any subject of the law, and of being directly applicable. The essence of their general application was defined by A.G. Reischl in Case 148/78 *Ratti*¹⁸⁸ as being that they may create legal relationships between individuals. The aim of their direct application, as Winter¹⁸⁹ has pointed out, is to avoid the need for a Member State expressly to incorporate each and every Regulation into its legal system. However, the phrase 'direct application' has also been used by many commentators to describe the theory evolved by the Court under which provisions of Community law, irrespective of whether they are *expressed* to be directly applicable, which comply with certain conditions may be regarded as creating rights and obligations enforceable by individuals before their national courts, irrespective of the inaction or counter-action of the Member State, or even, in some cases, of a Community institution. This concept is described in this Chapter as 'direct effect', but the extent to which it differs from direct application has been a matter of considerable controversy, which can only be understood in the light of an explanation of the basic principles involved.¹⁹⁰

The consequence is that Regulations are law throughout the Community simply by being adopted by Council or the Commission, and over the years this has ineluctably led the European Court to hold that a directly applicable EEC Regulation must prevail over any conflicting national law.¹⁹¹ A prime example of an EEC Regulation is of course that which establishes the common customs tariff, where the classification of goods and the duties to be paid on import of those goods are laid down purely by Community law with no input from national law.¹⁹²

188 [1979] ECR 1629.

189 Winter, 'Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law', *CML Rev.* (1972) 425.

190 Which will be discussed later in this Chapter. See *infra* text at notes 203-214 and 249-252.

191 Case 106/77, *Simmenthal II* [1978] ECR 629.

192 See now Council Regulation 2658/87 (OJ 1987 L 256/1) as amended.

Decisions are similarly binding simply because the institution adopts them, but they have a specific addressee, which could be a Member State, or in the sphere of competition law could be a commercial undertaking which has breached the competition rules. This concept does not appear to have given rise to much debate, perhaps because it can be regarded as administrative rather than legislative in nature. Indeed, A.G. Warner stated as his Opinion in Case 19/77 *Miller Schallplatten*¹⁹³ that Commission competition Decisions are not law-creating. However, it would appear that certain Decisions addressed to Member States may well have a degree of general effect: in Case 81/84 *Forschungs- und Versuchsanstalt*,¹⁹⁴ the Court stated that a Commission Decision addressed to all the Member States, holding that a particular digital signal analyzer was not 'scientific apparatus' benefitting from duty-free admission under the Community customs legislation, applied not just to the apparatus whose importation gave rise to its adoption but also to all future importations of apparatuses of the same type, unless the circumstances of such importations justify a different appraisal.

Directives on the other hand are addressed to Member States but leave the choice of form and method of their implementation to the Member States. Therefore to be fully effective they do require national implementation, and it is the Directive which is most commonly used in those matters which may be regarded as falling within the concept of the internal market.¹⁹⁵ However, although a Directive is addressed to the Member State, it has now been held that the duty to give effect to it extends not only to central government as such, but also to local authorities¹⁹⁶ and even to undertakings given special roles and powers by the public authorities.¹⁹⁷ Furthermore, while certain Member States may favour the instrument of the Directive because of their involvement in its implementation, it may be observed that once national legislation has been introduced or amended to give effect to a Directive, that national legislation becomes in effect entrenched: it becomes a piece of national legislation which the national legislature may no longer unilaterally amend or repeal in any substantive respect, unless or until the underlying Directive is itself repealed or amended at the Community level.

193 [1978] ECR 131.

194 [1985] ECR 1278.

195 Under Art. 100 of the EEC Treaty, the general harmonization provision of that Treaty, the Directive was the only legal instrument which could be used. On the other hand, Art. 100A, introduced by the Single European Act for the purpose of achieving the completion of the single market by the end of 1992, allows the use of any 'measures', but a declaration annexed to the Single European Act indicates a continued preference for the use of the instrument of the Directive.

196 Such as an Italian city council in Case 103/88, *Fratelli Costanzo* [1989] ECR 1839.

197 Case C-188/89, *Foster v. British Gas* [1990] ECR 3313.

On the subject of legislation in general, the Community faces in a very complex form one of the problems of a multilingual society, which is that legislation in the Community is equally authentic in all nine working languages (Irish does not count as a working language for this purpose),¹⁹⁸ and this is the case even with regard to translations of Community legislation into new languages following the accession of new Member States.¹⁹⁹ This means that any too close reliance on the niceties of wording in any one language can prove to be dangerous, and has led the European Court to rely on 'purposive' rather than literal techniques of interpretation.

An example of this involving the United Kingdom arose from the fact that a group of British trawlermen wished to obtain some cod, for which they were not allowed to fish in Community waters, but which did happen to be available in the area of the Baltic over which Poland claimed exclusive fishing rights, and where British trawlers had no right to fish.²⁰⁰ At the same time Polish trawlermen were wanting herring and mackerel, which were not available in the Polish area of the Baltic, but which could be caught in Community waters – except that Polish boats had no right to fish there. A group of British trawlers therefore set off for the Baltic laden with herring and mackerel, and met the Polish trawlers off the Polish coast. The British trawlers cast their empty nets into the sea, and these nets were then taken over by the Polish boats, which trawled them but did not take them on board. After the trawl was completed, the Polish trawlers passed the ends of the nets to the British trawlers, and the cod was landed onto the British trawlers; in return for this, the British boats transferred the herring and mackerel to the Polish boats.

When the British trawlers returned to the United Kingdom, the customs authorities treated the cod as being British, and therefore not liable to pay common customs tariff duties. The reason for this was that under the EEC Regulation determining the origin of goods for customs purposes, fish are treated as wholly obtained in one country if they are 'taken from the sea' by vessels registered in that country and flying its flag. The British view essentially was that since the nets were actually pulled from the sea by the British trawlers, the fish were 'taken from the sea' by the British trawlers, whereas the Commission's argument was that fish were taken from the sea when the net closed round them, irrespective of when they were physically hauled out of the sea.

Faced with this dispute, the Court first looked at the texts of the Regulation, and noted that the French version used the phrase 'extraits de la mer', which appeared to support the British argument, whereas, for ex-

198 Except that under Art. 29 of the European Court's Rules of Procedure, Irish may be used before that Court.

199 See Article 155 of the 1972 Act of Accession with regard to English language texts.

200 Case 100/84, *Commission v. United Kingdom* [1985] ECR 1170.

ample, the German version used the word 'gefangen', meaning caught, which tended to support the Commission's argument. After referring also to the Greek, Italian and Dutch versions, but not, it would appear, the Danish, the Court concluded that a comparative examination of the various language versions did not enable a conclusion to be reached in favour of any of the arguments put forward, and so no legal consequences could be based on the terminology used. It therefore expressly turned to consider the purpose and general scheme of the Regulation determining the origin of goods for customs purposes, and came to the conclusion that in the context of a fishing operation carried out by a number of vessels registered in different countries, the origin should in principle depend on the flag flown by the vessel which performed the *essential part* of the operation of catching them. Faced with the fundamental question of legal philosophy as to when a free object becomes property, the Court took the view that the essential part of catching fish is locating the fish and separating them from the sea by netting them, and that simply hauling the nets out of the sea is not the essential part of the operation. Whatever may be thought of the Court's analysis, this judgment at least illustrates its general approach to such problems.

Translation problems have even led the European Court not to apply the principle that ignorance of the law is no defence. In a reference from a Greek court to the European Court shortly after Greek accession,²⁰¹ the fact that a Greek language text of the relevant Community legislation was not available to the public, that local civil servants had not received instructions on the matter, and that the head of service was absent at the relevant time were held to constitute 'special reasons' in the context of legislation allowing the remission of import and export duties in situations arising from special circumstances in which no negligence or deception could be attributed to the person concerned. In particular, it was expressly stated that small undertakings far from Athens could not, in that situation, be expected to know the Community rules for themselves.

However, the same argument did not work for a Greek official employed by the Commission.²⁰² It was there held that the applicant could not invoke the absence of a Greek version of the Staff Regulations, because all Community officials were required to know another language, in his case French – in which the Staff Regulations had been available since their inception.

201 Case 160/84, *Oryzomyli Kavallas* [1986] ECR 1633.

202 Case 276/85, *Cladakis v. Commission* [1987] ECR 495.

C. Direct Application

Whatever meaning 'direct application' may convey in traditional public international law, the term is used in the EEC Treaty only to describe Regulations, and its meaning has been refined by the European Court in a manner appropriate to that context. In effect, it could be said simply, if inelegantly, to amount to a 'keep out' sign to national legislation. A more picturesque metaphor has been given: EEC Regulations are like giant laser beams which leave national law looking like a Swiss cheese, full of holes – and some would say that there will soon be more holes than cheese.²⁰³ Its aim may have been to avoid the need for a Member State expressly to incorporate certain Community legislation into its legal system, but its result has been to prevent it from doing so.

This position was eventually reached in Case 34/73 *Variola*.²⁰⁴ There the Court recalled that 'the direct application of a Regulation means that its entry into force, and its application in favour of or against those subject to it are independent of any measure of reception into national law, and that Member States are under a Treaty obligation not to obstruct the direct applicability inherent in Regulations, so as to ensure their simultaneous and uniform application throughout the Community', but went on to say that 'no procedure is permissible whereby the Community nature of a legal rule is concealed from those subject to it'. The rationale would appear to be that to allow a Member State to convert a Regulation into national law would disguise the fact that the law-making rule is of Community origin and hence subject to the judicial remedies available in Community law. Even more, of course, may the Member State not enact legislation which conflicts with the directly applicable Community rule, as the Court reiterated in this case, but this point will be considered in the context of the primacy of Community law.

On the other hand, national legislation is not necessarily totally excluded by the existence of a Regulation. Although it had been doubted²⁰⁵ whether a Regulation could require further implementation by the national authorities and still retain the characteristics of a Regulation, it has now been decided that this is possible. In Case 31/78 *Bussone*,²⁰⁶ where a question was raised as to the power of national authorities to legislate on the issue of bands and labels for egg boxes under the Regulation establishing the common organisation of the market in eggs, it was held that the prohi-

203 The author first heard this imagery from a senior German civil servant at the 1989 Conference of the Research Project into 'The 1992 Challenge at National Level' at the European University Institute, Florence.

204 [1973] ECR 981.

205 Bebr, 'Directly Applicable Provisions of Community Law: The Development of a Community Concept', *ICLQ* (1970) 257.

206 [1978] ECR 2429.

bition on national legislation is relaxed 'to the extent to which the Regulation in question leaves it to the Member States themselves to adopt the necessary legislative, regulatory, administrative and financial measures to ensure the effective application of the provisions of that Regulation'. Indeed it has subsequently been recognized that a legal situation may depend on a combination of a number of provisions adopted at Community, national and regional level, and in that circumstance 'the fact that regional laws incorporate, for the sake of coherence and in order to make them comprehensible to the persons to whom they apply, some elements of the Community Regulations, cannot be regarded as a breach of Community.'²⁰⁷ The essence remains however that it is the Regulation itself which has binding effect.

Once it is admitted that an act which is by definition directly applicable may need further implementation, it may be doubted whether direct application in itself means that a Regulation necessarily gives rise to rights and obligations enforceable by individuals before their national courts. Even by the mid-1960s the committee established by the Fédération Internationale de Droit Européen to investigate the concept of a *disposition directement applicable* noted²⁰⁸ a distinction between what it called, using English terminology, 'self-executing' provisions, which do not need to be expressly incorporated into the domestic legal system, and 'self-sufficient' provisions, which are legally complete in themselves, finding that the former are not always the latter. Similarly, in his article urging that direct application and direct effects be regarded as different concepts, Winter²⁰⁹ also pointed out that Regulations are not necessarily legally perfect, a view taken up by A.G. Warner in his opinions in Case 31/74 *Galli*²¹⁰ and Case 78/76 *Steinike und Weinlig*,²¹¹ where he stated that 'there are numerous Regulations of the Council conferring on the Commission powers the exercise of which may result in benefit to private persons, but which do not of themselves confer on these persons rights which they can enforce in the national Courts' (emphasis added). In his view, for a Regulation to produce direct effect it must satisfy the same tests which are considered below, as any other provision of Community Law.

The Court itself, however, has been reluctant to admit that a provision in a Regulation should not produce direct effects, and decisions can be found such as Case 83/78 *Pigs Marketing Board v. Redmond*²¹² where there

207 Case 272/83, *Commission v. Italy* [1985] ECR 1057.

208 Dumon, 'La notion de disposition directement applicable en droit européen', *Cahiers de Droit Européen* (1968) 369.

209 Winter, 'Direct Applicability and Direct Effect: two Distinct and Different Concepts in Community Law', *CML Rev.* (1972) 425.

210 [1975] ECR 47.

211 [1977] ECR 595.

212 [1978] ECR 2347.

are statements to the effect that Regulations are directly applicable and 'as such' they 'confer on individuals rights which the courts of Member States must protect'. It might respectfully be suggested that this in reality is a matter of construction of the provisions of the Regulation in question, as the Court has recognized in the few cases where the distinction has mattered. In the *Steinike und Weinlig* case it was argued that where the state aids rules of the EEC Treaty, which according to established case-law do not give rise to enforceable individual rights,²¹³ had been expressly incorporated into a directly applicable Regulation, this enabled individuals to rely on those rules before their national courts. However, the Court held that inclusion of these provisions in a Regulation did not alter their nature and scope,²¹⁴ i.e. it did not make them capable of giving rise to enforceable individual rights.

D. Direct Effects

1. Development of the concept

The theory that provisions of Community law may create rights and obligations enforceable by individuals before their national courts irrespective of the behaviour of Member States or (at least in so far as Treaty rules are concerned) Community institutions was adopted by the Court as a result of one of the very first questions referred to it by a national court for a preliminary ruling under Article 177 of the EEC Treaty, in Case 26/62 *Van Gend en Loos*.²¹⁵ Indeed, it could be suggested that it is only by reason of the system of references for preliminary rulings that the theory was evolved, since it is normally only in this context that the European Court is concerned with the availability of provisions of Community law in national proceedings. In 1960 Van Gend en Loos imported some *ureaformaldehyde* from the Federal Republic of Germany into the Netherlands, on which an import duty of 8 per cent was charged. In 1958, when the EEC Treaty entered into force, the duty on the product had been 3 per cent, the increase having arisen as a result of a change in its tariff classification, and Van Gend en Loos argued that such an increase infringed Article 12 of the Treaty, which required Member States to refrain from introducing between themselves any new customs duties on imports or exports and from increasing those which they already applied in their trade with each other. The Dutch court to which Van Gend en Loos appealed referred two questions to the European Court, the first of which asked quite simply whether Article 12 of the EEC Treaty has direct 'application' within the territory of a

213 Case 77/72, *Capolongo v. Maya* [1973] ECR 611 at 621-622.

214 Case 78/76, *Steinike und Weinlig* [1977] ECR at 610.

215 [1963] ECR 1.

Member State (though it might be observed that in the operative part of its judgment, the European Court used the phrase 'direct effects'), but added the explanation that it meant to ask 'whether nationals of a [Member] State can, on the basis of the Article in question, lay claim to individual rights which the courts must protect'.

Despite the fact that the Dutch, German and Belgian governments all submitted observations to the effect that alleged breaches of the Treaty by Member States were to be resolved at the level of the states and institutions, and that the obligations of Article 12 required implementation by the national authorities, and despite the fact that A.G. Roemer delivered an opinion to the same effect, the Court gave a clear affirmative answer, which is based to a large degree on the fact that, in terms, the Treaty relates not only to States but also to individuals within those States:

The objective of the EEC Treaty, which is to establish a Common Market, the functioning of which is of direct concern to interested parties in the Community implies that this Treaty is more than an agreement which merely creates mutual obligations between the contracting states. This view is confirmed by the preamble to the Treaty which refers not only to governments but to peoples. It is also confirmed more specifically by the establishment of institutions endowed with sovereign rights, the exercise of which affects Member States and also their citizens. Furthermore, it must be noted that the nationals of the states brought together in the Community are called upon to cooperate in the functioning of this Community through the intermediary of the European Parliament and the Economic and Social Committee.

In addition the task assigned to the Court of Justice under Article 177, the object of which is to have 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 these 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.

Independently of the legislation of Member States, Community Law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage. These rights arise not only where they are expressly granted by the Treaty, but also by reason of obligations which the Treaty imposes in a clearly defined way upon individuals as well as upon the Member States and upon the institutions of the Community.

While the present author was among those who regarded the first paragraph as more of a political than a legal statement, its emphasis on the role of the citizen in the Community structure has been reflected in the context of the legislative process, where, as has been observed,²¹⁶ the Court has recently held that if there is a choice of Treaty base, preference should be

216 See *supra* text at notes 45-47.

given to that which gives the European Parliament a greater part to play.²¹⁷ The argument in the second paragraph is at first sight a matter of simple logic, but the reality is that references may be made as to the interpretation of acts of the Community institutions which have no binding effect and therefore cannot give rise to enforceable rights.²¹⁸ It may be suggested that it is the last paragraph which gives the real explanation, and it is in this last sentence of that paragraph that the crucial importance of the concept of direct effect is revealed: obligations expressed to be imposed on Member States and Community institutions as well as upon other individuals, may be construed so as to give rise to correlative rights in favour of and enforceable by individuals. In the case of Article 12, it was held that it contained a clear and unconditional negative obligation which did not require any legislative intervention on the part of the states, and that the fact that the obligation was imposed upon a Member State did not imply that its nationals could not benefit from the obligation. In the result, the Court held that Article 12 'produces direct effects and creates individual rights which national courts must protect'. Although he severely criticized the results to which the theory has led, Hamson²¹⁹ noted that 'by such action not only would the Community be made real but the individual would in promotion of his own interests be incited to become the protagonist in the development and enforcement of Community rules'.

The tests for determining whether or not a provision of Community law does produce direct effects are now well established. As eventually enunciated by A.G. Mayras in Case 41/74 *Van Duyn v. Home Office*,²²⁰ where the provision at issue imposed an obligation on Member States, there are three elements:

- the provision must impose a clear and precise obligation on Member States;
- it must be unconditional, in other words subject to no limitation; if, however, a provision is subject to certain limitations, their nature and their extent must be exactly defined; and finally;
- the implementation of the Community rule must not be subject to the adoption of any subsequent rules or regulations on the part either of the Community institutions or of the Member States so that in particular Member States must not be left any real discretion with regard to the application of the rule in question.

217 Case C-300/89, *Commission v. Council (Titanium Dioxide)* (11 June 1991, not yet reported).

218 See, e.g., Case 113/75, *Frecassetti* [1976] ECR 983, with regard to the interpretation of a Commission Recommendation.

219 Hamson, 'Methods of Interpretation - a critical assessment of the results' in 'Reports of the Judicial and Academic Conference' (Luxembourg 1976).

220 [1974] ECR 137.

In the same way, obligations imposed on individuals may give rise to directly effective rights in favour of other individuals: the prohibitions contained in the competition rules in Article 85 and 86 of the EEC Treaty have been held, in the second *Brasserie de Haecht* case²²¹ and in Case 127/73 *BRT v. SABAM*,²²² to create rights in favour of individuals which the national courts must safeguard.

2. Application of the Concept to Directives

Initially, the concept of direct effects tended only to be applied to provisions of the Treaty, but in 1970 the Court delivered a series of judgments²²³ to the effect that although Article 189 of the Treaty only provides for the direct application of Regulations, that does not exclude the possibility that other acts of Community institutions can have a binding effect. There remained, however, considerable doubt²²⁴ as to whether a Directive could give rise to rights or obligations enforceable by individuals before their national courts. Under the terms of Article 189 a Directive 'shall be binding as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods'. Hence, by definition, it would appear to imply some degree of implementation by the Member State. However, the Court was faced with the problem of whether a provision of a Directive could none the less produce direct effects in the first case to be referred by an English court, Case 41/74 *Van Duyn v. Home Office*.²²⁵ This was an action brought against the Home Office by a woman of Dutch nationality who had been refused leave to enter the United Kingdom to take up employment as a secretary with the Church of Scientology. Under Article 3(1) of the Council Directive No. 64/221 on the coordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals which are justified on grounds of public policy, public security or public health, measures taken on the grounds of public policy or public security are required to be based exclusively on the 'personal conduct' of the individual concerned. Miss Van Duyn claimed she had been excluded because she wished to take up employment with the Church of Scientology rather than because of her personal conduct, and the English court referred to the European Court the question whether the Directive was directly 'applicable', an expression the Court refrained from using in its answer, so as to confer on individual rights enforceable by them in the courts of a Member State.

221 Case 48/72, [1973] ECR 71.

222 [1975] ECR 51.

223 See, e.g., Case 9/70, *Grad v. Finanzamt Traunstein* [1970] ECR 825.

224 See, e.g., *Bebr*, *supra* note 205.

225 [1974] ECR 1337.

Repeating what it had said in the 1970 cases, the Court pointed out that:

If by virtue of the provisions of Article 189 Regulations are directly applicable and, consequently, may by their very nature have direct effects, it does not follow from this that other categories of acts mentioned in that article Article can never have *similar* effects. (emphasis added)

With particular regard to Directives, the Court went on to say:

It would be incompatible with the binding effect attributed to a Directive by Article 189 to exclude, in principle, the possibility that the obligation which it imposes may be invoked by those concerned. In particular, where the Community authorities have, by Directive, imposed on Member States the obligation to pursue a particular course of conduct, the useful effect of such an act would be weakened if individuals were prevented from relying on it before their national courts and if the latter were prevented from taking it into consideration as an element of Community law. Article 177, which empowers national courts to refer to the Court questions concerning the validity and interpretation of all acts of the Community institutions, without distinction, implies furthermore that these acts may be invoked by individuals in the national courts. It is necessary to examine in every case, whether the nature, general scheme and wording of the provision in question are capable of having direct effects on the relations between Member States and individuals.

Thus expressed, direct effect is simply a rule of construction or interpretation. On examining Article 3(1) of the Directive, the Court concluded that it conferred on individuals rights which are enforceable by them in the courts of a Member State and which the national courts must protect, even though it was in a legislative act which had no automatic direct effect in its entirety. From the point of view of Miss Van Duyn it was, however, a pyrrhic victory, since it was held that present association with a particular organisation may be considered as personal conduct.

It is in the context of Directives that it becomes vitally important to know whether the concept of direct effects is different from the concept of direct application as refined by the Court. If they are the same, then the distinction between Regulations and Directives would be in danger of elimination.²²⁶ To take the most extreme example, if a provision of a Directive is directly 'applicable', then under the rule laid down in Case 34/73 *Variola*,²²⁷ a Member State would be precluded from enacting its terms into its own legislation, which appears to be a contradiction of the definition of a Directive in Article 189. This, however, in effect is what the result of the decision in *Van Duyn* was taken to be by the House of Lords Select

226 As noted by Bebr, *supra* note 205.

227 [1973] ECR 981.

Committee on the European Communities,²²⁸ who stated that 'if a provision contained in a Directive is directly applicable, it is not only unnecessary, it is also undesirable that any domestic legislation should be passed to give effect to it'. The view that the legal mechanism by which Community law may create rights enforceable by individuals before their national courts is direct 'application' as such may also lie behind the refusal of the French Conseil d'Etat in the *Cohn-Bendit* case²²⁹ to accept that provisions of Directives may be invoked by individuals: the Directive there in question was issued under Article 56 of the EEC Treaty and the Conseil d'Etat expressed the view that Article 56 does not permit the issue of 'directly applicable' legislation, but of Directives. A similar view was taken by the German supreme financial court when it also held that provisions in Directives could not be invoked before national courts without national implementation.²³⁰ The clear implication is that a Directive which is 'directly applicable' is not a Directive – indeed there are commentators who have said that, on the basis of there being no distinction between direct application and direct effects, directly applicable provisions of Directives may be assimilated to Regulations.²³¹

The conundrum was effectively resolved by the Court in Case 148/78 *Ratti*,²³² a solution reaffirmed in Case 152/84 *Marshall*.²³³ The *Ratti* case involved two Council Directives relating to the labelling of dangerous products, a 1973 Directive on solvents, and a 1977 Directive on paints, varnishes and similar products. Both set out certain packaging and labelling requirements and obliged Member States not to prohibit the marketing of preparations complying with these requirements. The 1973 Directive was due to be implemented by December 1974, the 1977 one by December 1979. *Ratti*'s firm decided to pack and label its solvents in accordance with the 1977 Directive. In the result, he found himself prosecuted for breaches of Italian labelling legislation, which had different requirements, and in his defence he invoked the terms of the Directives. The Italian court then referred a number of questions for a preliminary ruling, asking in particular whether the marketing provision of the 1977 Directive was 'directly applicable' and whether the parallel provision of the 1973 Directive was 'immediately and directly applicable'. As in *Van Duyn*, the Court refrained from using this term in its reply. It repeated that although only regulations

228 Session 1974/5, 10th Report.

229 *D.* 1979 *J.* 155.

230 The matter was eventually resolved by the German Constitutional Court holding that the European Court was the 'legal judge' in terms of the German constitution, and that the supreme financial court must make a reference to it in such cases under Article 177(3) of the EEC Treaty, *Re Kloppenburg* [1988] 3 CMLR 1.

231 A.G. Toth, *Legal Protection of Individuals in the European Communities* (1978).

232 [1979] ECR 1629.

233 [1986] ECR 723.

are expressed to be directly applicable, it does not follow that other categories of acts can never have similar effects, and that the effectiveness of a Directive would be weakened if individuals were prevented from relying on it before their national courts. However, the Court added a further justification, which had been suggested by A.G. Warner in Case 78/77 *Enka*²³⁴ and taken up by A.G. Reischl in his opinion in *Ratti*: 'A Member State which has not adapted the implementing measures required by the Directive in the prescribed periods may not rely as against individuals, on its own failure to perform the obligations which the Directive entails.' This idea that the State may not rely on its own wrong has subsequently been developed a stage further: it has been held that until a Directive has been properly transposed into the national legal system, a defaulting Member State may not rely on an individual's delay in initiating proceedings against it to protect rights conferred by the Directive, and national limitation periods cannot begin to run until the directive is properly implemented, since only proper transposition brings to an end the uncertainty individuals may have about their rights under the Directive.²³⁵

Hence, a clear and unconditional provision of a Directive does not preclude a Member State from re-enacting it or otherwise incorporating it into its own legal system. Rather, the question whether an individual can invoke rights correlative to the obligations such a provision imposes on a Member State only arises in so far as the Member State has failed to perform that obligation. The direct effect of a Directive is thus revealed as a subsidiary remedy, by no means the same as the direct application of a Regulation. In *Ratti*, the 1977 Directive could not yet produce direct effects, since the deadline for its enactment had not yet expired and its terms could only be invoked if Italy was in default.

The Court further established that the fact that an individual may be able to invoke the provisions of a Directive does not change its legal nature which is that of an obligation addressed to Member States. *Ratti* had claimed that he should be able to act in reliance on the 1977 Directive, on the basis that he could have thought that it obliged him to follow its terms. However, the Court, following A.G. Reischl, held that a Directive 'by its nature imposes obligations only on Member States', and it has subsequently reaffirmed that an unimplemented Directive cannot increase the liability of an individual.²³⁶ This, again, is a distinction from direct application, because if the labelling provisions of the Directive were directly applicable, in the sense in which Regulations are directly applicable, they would indeed be binding upon individual producers. The question whether Directives could impose obligations on individuals had in fact been the subject

234 [1977] ECR 2205.

235 Case C-208/90, *Emmott* (25 July 1991).

236 Case 14/86, *Pretore di Salò* [1987] ECR 2545.

of much discussion,²³⁷ and indeed the possibility had been mooted by those who recognized the distinction between direct effects and direct application that obligations could be imposed on individuals as a consequence of the rights granted to individuals and as the consequence in turn of the obligation imposed on the Member State by a Directive.²³⁸ The only relaxation of the denial of this possibility in *Ratti* is the statement, which in the context could have been either descriptive or prescriptive, that a Member State may not apply internal law contrary to the clear and unconditional provisions of a Directive 'to a person who has complied with the requirements of the Directive'. Whether this means in all cases, in order to invoke the direct effects of a Directive, it is necessary to comply with any obligations it requires to be imposed, remains to be seen, but it is certainly clear that in order to invoke the provisions of, for example, a value-added tax Directive, it is necessary for the taxpayer to show that he falls within its terms.²³⁹

In principle, therefore, Directives may not themselves impose obligations on private citizens, which means that, for example, in the area of employment law, the same unimplemented Directive may be invoked by an employee of a State organ but not by a private sector employee; the resulting inequality is regarded by the European Court as the responsibility of the defaulting Member State.²⁴⁰ Nevertheless, indirect enforcement against third persons of the provisions of a Directive which had not been implemented has occurred.²⁴¹ A certain M. Auer held an Italian veterinary qualification which other Member States were required by a Directive to recognize.²⁴² The Directive should have been implemented by 20 December 1980, but in France, where M. Auer was working, it was not implemented until October 1982. Meanwhile, in 1981, M. Auer was prosecuted for acting as a veterinary surgeon without being registered with the *Ordre national des vétérinaires de France*, as required by French law, that body having refused to register M. Auer on the ground that his qualification was not recognized in French law. The European Court of Justice found that the relevant provisions of the Directive imposed clear, complete, precise and unconditional obligations on Member States, so that M. Auer could invoke them in order to be able to practise in France. It then turned to the requirement that M. Auer should be registered with the *Ordre national*, and held that while in principle this was a legitimate requirement, a professional body exercising official authority (*fonction publique*) was bound, like the state itself, to

237 See, e.g., Easson, 'Can Directives Impose Obligations on Individuals?', *ELR* (1979) 67.

238 Schermers, 'Indirect Obligations. Four Questions in Respect of EEC Obligations Arising from Rights or Obligations of Others', *NILR* (1977) 260.

239 Case 8/81, *Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt* [1982] ECR 53.

240 Case 152/84, *Marshall* [1986] ECR 723.

241 Case 271/82, *Auer v. Ministère Public II* [1983] ECR 2727.

242 EC Council Directive 78/1026, Art. 3.

obey the Directive;²⁴³ hence M. Auer could not be prosecuted for failing to register where registration was refused on grounds incompatible with Community law. This would appear to mean both that bodies exercising public authority other than the Member State itself may be bound by the clear terms of a Directive and that the rules of a professional body may not be enforced by legislation in so far as they are contrary to directly effective provisions of a Directive.

Such a view is confirmed by later case-law holding that clear, precise and unconditional provisions of a Directive may be enforced against a health authority,²⁴⁴ a chief constable,²⁴⁵ a public sector corporation with responsibility for restructuring companies²⁴⁶ and a city council²⁴⁷ (which was held to be obliged to apply the terms of the Directive rather than the incorrect national implementation of it – thus opening the way for possible conflict between central and local government). Furthermore, in the first two of those cases, the health authority and the chief constable were acting as employers rather than as agencies of government, and in the last case the city council was acting as a contracting party, but the rationale appears to be that the State in its extended form should not derive any benefit from its failure to comply with a Directive in any capacity in which it is acting.²⁴⁸ Indeed it would appear from Case C-188/89 *Foster v. British Gas*²⁴⁹ that such provisions may be invoked against any body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to measures adopted by the State, for providing a public service under the control of the State, and has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals. Thus it would appear that in the context of the direct effect of Directives, the concept of the 'State' may extend even to privatized utilities and may, to the extent that they, for example, have special powers to award degrees, also extend to universities.

3. Consequences of the Concept

At this stage a summary may be attempted. It is suggested that Winter was correct in adumbrating a distinction between direct application and direct

243 This is correlative to the view expressed in Case 96/81, *Commission v. Netherlands* [1982] ECR 1791, ECJ, that a directive may be implemented by measures adopted by regional or local authorities. It must be applied by all branches of the administration, whether central or decentralized, Case 103/88, *Fratelli Costanzo* [1989] ECR 1839.

244 Case 152/84, *Marshall* [1986] ECR 723.

245 Case 222/84, *Johnston v. Chief Constable* [1986] ECR 1663.

246 Joined Cases C-19 and 20/90, *Karella v. OAE* (30 May 1991, not yet reported).

247 Case 103/88, *Fratelli Costanzo* [1989] ECR 1839.

248 Thus contradicting the view put forward by Dashwood, 'The Principle of Direct Effect in European Community Law', *J. Common Mkt. Stud.* (1978) 229 that a distinction should be made between the State acting as State and as a market participant.

249 [1990] 3 All ER 897.

effects. 'Direct application', as used in Article 189, refers to a legislative technique which avoids the need for national enactment of general Community secondary legislation, and which, as refined, precludes such national enactment unless it is expressly required. On the other hand, any provisions of Community law which are clear, unconditional and leave no real discretion may, within the limits of their legal nature, give rise to rights and obligations enforceable by individuals before their national courts. To describe this concept, which is not automatic and in practice has largely been relevant where there has been a failure to perform a Community obligation, it is preferable to use a separate term, 'direct effects'.

However, in judgments delivered since Winter wrote in 1972, the Court has not always observed the terminological distinction, even though its decisions have given rise to the conceptual distinction. Mention has already been made of instances where it has been suggested that Regulations intrinsically have direct effects, and there are also examples of Treaty provisions being said to be 'directly applicable'. This was said of Article 52 of the EEC Treaty on freedom of establishment in Case 2/74 *Reyners*,²⁵⁰ yet the court can hardly have meant to say that this provision, which sets out a rule of general application and is not an instruction addressed to Member States, should be treated like a substantive provision of a Regulation and preclude national enactment. Indeed, in Case 159/78 *Commission v. Italy*,²⁵¹ Italy was held to be in breach of its obligations under Article 52 in failing formally to repeal a nationality requirement, which was apparently not applied in practice, with regard to customs agents. More generally, the concept of direct application in the sense of Article 189, which is intended to avoid the need for express incorporation into domestic legal systems of *future* rules made under Treaties, would appear to be inappropriate in the case of provisions of the Treaties themselves, which have in fact been the subject of domestic enactment in those countries where domestic enactment of Treaties is required before they can be given internal effect. On the other hand, it must also be recorded that the Court has taken care *never* to say that provisions of Directives are directly applicable. Be that as it may, the lack of terminological consistency has led some commentators to conclude that the concept of direct application has a variable content.²⁵²

As the Court itself recognized in *Van Gend en Loos*, allowing individuals to enforce Community rules before their national courts opened the door to private policing of the Treaty: 'The vigilance of individuals to protect their rights amounts to an effective supervision in addition to their supervision entrusted by Articles 169 and 170 to the diligence of the Commission and of the Member States.' This supervision may be exercised over other

250 [1974] ECR 631.

251 [1979] ECR 3247.

252 Steiner, 'Direct Applicability in EEC Law - a Chameleon Concept', *LQR* (1982) 229.

individuals, Member States or even Community institutions. A clear example is to be found in Joined Cases 80 and 81/77 *Ramel* [1978] ECR 927, which involved a levy imposed by France on imports of Italian wine during late 1975 and early 1976. The French claimed that they were entitled to charge the levy by virtue of a provision of Council Regulation (EEC) No. 816/70 of 28 April 1970 laying down additional provisions for the common organization of the market in wine. The Commission took a different view, and instituted proceedings against France under Article 169 of the EEC Treaty. A political settlement was reached, and the action was withdrawn. However, this left the importers who had had to pay the levy out of pocket, so *Ramel* and other importers brought actions against the French customs authorities to recover the sums they had paid. They invoked the direct effects (by then well established) of the EEC Treaty prohibition on charges having equivalent effect to customs duties in trade between Member States, and the French court referred to the European Court the question whether the provision of the Regulation under which France had purported to act was compatible with that Treaty prohibition. The Court found that the section of the Treaty concerned with agriculture nowhere empowered the Council to permit charges having equivalent effect to customs duties, and held that the provision in the Regulation was incompatible with the Treaty prohibition on such charges. Hence, by virtue of the concept of direct effects, an individual importer was able to control the activities both of his Member State and of the Council.

However, in so far as it is the author of the act at issue, the Council may attempt to prevent the possibility of individuals being able to invoke the direct effects of its legislation. For example, in the case of an unimplemented Directive, the Council may decide to extend the deadline. It is nevertheless now clear from Case 70/83 *Kloppenburg v. Finanzamt Leer*²⁵³ that an extension of the time limit for compliance with a Directive after the expiry of the initial time limit will not in principle prevent direct effects from arising in the interim. The case involved the amendment by the Ninth VAT Directive of Article 13(B)(d)(1) of the Sixth VAT Directive, which had already been held to be directly effective from 1 January 1979 in *Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt*.²⁵⁴ To repeat the legislative history, the Sixth Directive's original deadline of 1 January 1978, was complied with only by the United Kingdom and Belgium. The Ninth Directive, which extended the time limit for the other seven (as they then were) Member States to 1 January 1979, was not adopted until June 1978, six months after the expiry of the original time limit. In its proposal for the Ninth Directive, the Commission, effectively anticipating the Court's decision in *Ratti*²⁵⁵ took

253 [1984] ECR 1075.

254 [1982] ECR 53.

255 [1979] ECR 1629.

the view that failure to comply with the original time limit might already have given rise to directly effective rights. It therefore drafted a proposal that the extended time limit should not 'prejudice the effects of the provisions of (the Sixth Directive) which do not require the adoption of national measures of implementation where such effects arise before the date of the notification' of the Ninth Directive, which in the event was 30 June 1978. The version finally adopted by the Council did not, however, include this provision.

That Article 13(B)(d)(1) of the Directive was by its nature capable of giving rise to directly effective individual rights was clearly stated by the Court in its judgment in *Becker*, which was confirmed in *Grendel*,²⁵⁶ and in both these cases it was held that such rights could be invoked against the German authorities as from the extended time limit of 1 January 1979. The simple question in *Kloppenburger* therefore was whether this admitted direct effect could be invoked for the period January-June 1978. The Court started by looking at the situation on 1 January 1978, and concluded that as far as a taxpayer was concerned, it was exactly the same as the situation on 1 January 1979, i.e. Germany had failed to comply with precise and unconditional obligations imposed on it by the Directive, and could not therefore invoke its own failure to comply with the Directive as against a taxpayer who could show that he fell within the exemption under Article 13(B)(d)(1) of that Directive. The real problem, therefore, in the Court's view, was whether this direct effect had been retrospectively abrogated by the Ninth Directive. This was resolved as a matter of construction of the Ninth Directive, but it may be noted that although the Court did not decide the matter, the judgment contains a *dictum* to the effect that if the extension of a time laid down for the implementation of general legislation is intended to deprive individuals of legal remedies which have already arisen by virtue of that legislation, that could put the validity of the amending legislation in question.

On the construction of the Ninth Directive, the Court took the view that there was nothing in it to indicate that the extension of the time limit accorded to the defaulting Member States was extended to alter the situation of traders or taxpayers with regard to transactions carried out before the entry into force of the amending legislation, and it therefore had no retrospective effect.

This judgment shows clearly the Court's willingness to defend the use of directly effective rights by individuals – in particular against defaulting Member States. On the narrower point of extending the time limits for the national implementation of Directives, the obvious message is that the cor-

256 Case 255/91, [1982] ECR 2301.

rect method is to extend the time limit before the original one has expired, so that no directly effective rights have arisen.

The concept of direct effect has been criticized as being based on an 'as if' theory: the Community rule is treated *as if* it had been observed, bridging the gap between the legal and the real world, and it has been asserted that this has meant that 'in order to avoid mere chaos the Court is compelled to claim and to exercise a dispensing power which is ... not known to any modern court of any of the Member States'.²⁵⁷ This is a reference to the fact that in Case 43/75 *Defrenne II*²⁵⁸ the Court held that the direct effects of Article 119 of the EEC Treaty could only be invoked by most people as from the date of its judgment, a matter which will be considered later in this Chapter. It might be countered that the 'as if' is not total: as the case law on Directives shows, it only operates against those who should have performed Community obligations, and not those on whom Community obligations should have been imposed by the person bound. Furthermore, the 'as if' theory is not unknown in domestic legal systems, perhaps the most famous example being the English rule that equity looks on that as done which ought to be done at least in favour of those entitled to enforce a contract specifically. The present author has suggested that in the Community context this could be adopted to read 'the Court of Justice looks on that as done which ought to be done at least in favour of those for whom clear and unconditional rights are created'.²⁵⁹

It is by virtue of this doctrine that the Court has enabled force to be given to many of the fundamental provisions of the EEC Treaty which were supposed to be fully implemented by the end of the original transitional period, that is by the end of 1969, but in relation to which the Community implementing legislation envisaged in the Treaty had not been issued, on the basis that once the transitional period had expired, the obligation became unconditional. By way of contrast, the Declaration on Article 8A of the EEC Treaty annexed to the Single European Act asserts categorically that 'setting the date of 31 December 1992 does not create an automatic legal effect', though it may be doubted whether a declaration may alter the substance of the Treaty. To take just one example of the approach to the original transitional period, Case 2/74 *Reyners*²⁶⁰ involved Article 52 of the Treaty, which requires restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State to be abolished in the course of the transitional period 'within the framework of

257 Hamson, 'Methods of interpretation - a critical assessment of the results' in 'Reports of the Judicial and Academic Conference' (Luxembourg 1976).

258 [1976] ECR 455.

259 Usher, 'The European Court of Justice - its Role in the Development of the Communities', *Bracton Law Journal European Supplement* (1979) 7.

260 [1974] ECR 631.

the provisions set out below'. These provisions enabled Directives to be issued to that end. *Reyners* was a Dutchman born and educated in Belgium, with a Belgian legal qualification, who wished to become a Belgian 'avocat' but who was refused admission to the role on the grounds of his Dutch nationality. On a reference to the European Court from the Belgian Conseil d'Etat, it was held by the Court that the essence of Article 52 was to give effect to the rule on equal treatment with nationals which 'as a reference to a set of legislative provisions effectively applied by the country of establishment to its own nationals ... is ... capable of being directly invoked by nationals of all other Member States'. It added that in requiring freedom of establishment to be attained at the end of the transitional period, Article 52 imposed an obligation to attain a precise result the fulfilment of which had to be made easier by but not dependant on the implementation of a programme of progressive measures. The Court concluded that 'after the expiry of the transitional period the Directives provided for by the Chapter on the right of establishment have become superfluous with regard to implementing the rule on nationality, since then it is henceforth sanctioned by the Treaty itself with direct effect'. As a practical result, in this context the role of Directives has been reduced to dealing with the matters which are not clear and unconditional such as mutual recognition of qualifications.

E. The Consequences of Community Legislation which is not Directly Effective

It has been suggested by a former judge of the European Court that the development of the doctrine of direct effect was merely an intermediate step on the way to the general acceptance in Member States of Community Law as law within their jurisdictions.²⁶¹ Be that as it may, it is remarkable that increasingly important legal consequences at the national level have been attached to Community legislation which cannot be regarded as giving rise to directly effective rights, either because of the way it is drafted or because it is invoked against a person on whom it does not directly impose obligations. The Court first clearly considered these wider effects in two references from German courts, Case 14/83 *von Colson and Kamann*²⁶² and Case 79/83 *Harz v. Deutsche Tradax*.²⁶³ Both concerned refusals to offer jobs to women on grounds of sex: in the former case, the women had applied for jobs as social assistants at a men's prison, in the latter case the woman had applied for a job with a trading company which apparently involved

261 Pescatore, 'The Doctrine of 'Direct Effect' - an Infant Disease of Community Law', *ELR* (1983) 155.

262 [1984] ECR 1891.

263 [1984] ECR 1921.

sales in Saudi Arabia. In both cases the questions referred to the European Court enquired as to the sanctions a Member State should impose in cases of discrimination in matters of access to employment, and as to whether an individual could invoke the provisions of the Directive, and in both cases the Court responded to those questions in terms which referred throughout to the obligations imposed on *Member States* by Directives. What the Court did say however was that the obligation imposed on a Member State under Article 189 of the EEC Treaty to achieve the result sought by a Directive, taken with the general obligation under Article 5 of the Treaty to take all appropriate measures to fulfill Treaty obligations, applied to all national authorities, including judicial authorities within the limits of their competence. Hence, when applying national legislation, in particular in this case legislation implementing Directive 76/207, national courts *must* interpret this legislation in the light of the text and the objectives of the Directives, an obligation which in some instances might obviate the need to show that the relevant provisions of the Directive are capable of producing direct effects if there exists national legislation purporting to implement the Directive. Indeed the Court held in the present cases that as a matter of construction the relevant provisions of the Directive were not sufficiently precise or unconditional to enable an individual to obtain a specific remedy in the absence of national legislation to that effect, in other words they were not capable of direct effect. More particularly, it was held that Article 6 of Directive 76/207 did not require Member States to ensure that employers were obliged to offer a contract of employment to a candidate who had been refused employment on grounds of sex. However, although no specific remedy may be required, in the Court's view whatever remedy was chosen by a Member State, it must provide effective judicial protection against discrimination and have a real dissuasive effect as regards the employer, and if a Member State chose to provide for the award of damages rather than to require the employer to employ the person discriminated against, the damages should be adequate in relation to the harm suffered.

The real dispute in these two cases was over a claim that the German implementing legislation allowed only for the award of symbolic damages (a claim disputed by the German government during the oral procedure). Whilst the European Court predictably took the view that the interpretation of the German legislation was a matter for the German courts, it stated that the award of symbolic damages would not be an effective implementation of the Directive, and that the German courts must therefore if at all possible interpret and apply the German implementing legislation so as to comply with the requirements of Community law.

At first sight, this ruling on the interpretation of national law in the light of Community law appeared only to be of value where a Member State had adopted legislation purporting to implement a Directive, but was

of little assistance where the Member State had simply failed to act in time, where the claimant would have to fall back on the concept of direct effect. However, in Case C-106/89 *Marleasing*,²⁶⁴ it was made clear that the duty of a national court to interpret national law in accordance with the terms of a Directive extended to all relevant national legislation, irrespective of whether it was adopted after the Directive so as to give effect to it. The case involved a dispute between two Spanish companies as to whether one of them was in law a nullity. The possible causes of nullity of companies are defined restrictively in Council Directive 68/151, the first company law harmonization Directive, which had not at the time been implemented in Spain. The Court repeated that the provisions of the Directive could not be enforced by one company against another, but emphasized the duty of the national court to interpret Spanish legislation, whether enacted before or after the Directive, in the light of the text and objectives of the Directive, to the extent that such an interpretation was possible. The consequence therefore appears to be that if there is a provision of national law which may conceivably be interpreted so as to accord with the terms of the Directive, then the Directive may be enforced against any subject of the law, even if no formal national implementation has taken place.

The matter has now been taken a stage further: it would appear from Joined Cases C-6 and 9/90 *Francovich*²⁶⁵ that there are circumstances under which a Member State may be liable in damages for harm caused by its failure to implement a Directive even where the provisions of the Directive do not give rise to directly effective rights against the State. Italy had failed to give effect to Council Directive 80/987 on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, and the Italian government was therefore sued for damages by a number of people who had been employed by firms which had become insolvent and who had not received the payments guaranteed to them under the Directive. On the question of direct effect, the Court held that while it was clear that the Directive imposed a guarantee of payment and how much was to be paid, it was not clear that the State itself was the debtor against which the guarantee could be enforced. Nevertheless, the Court went on to hold that the full effect of Community law rules could be undermined if individuals whose rights were harmed by a Member State breaching Community law could not obtain damages, and reparation was indispensable where the full effect of Community law depended on the action of Member States, as is the case with Directives. As in the case-law on interpretation, the Court invoked the principle of Community solidarity in Article 5 of the EEC Treaty, stating that it imposed an obligation on the Member States to wipe out the illegal

264 [1990] ECR I 4135.

265 19 November 1991, not yet reported.

consequences of a breach of Community law. It concluded that there was a liability to pay damages to compensate for the harm caused by failure to implement a Directive subject to three conditions: the Directive should require rights to be conferred on individuals, the content of these rights should be identifiable from the provisions of the Directive, and there should be a causal link between the obligation imposed on the Member State and the harm suffered by the applicant. While the procedural rules for such an action for damages are left to national law, and should not be less favourable than those relating to parallel national remedies or make the action virtually impossible,²⁶⁶ there could hardly be a starker illustration of the relationship between Community law and national law.

F. Primacy of Community Law

If a Member State is liable to pay damages to its own citizens when it fails to comply with Community law, there might appear to be little left to debate on the concept of the primacy of Community law. Nonetheless, its development is linked to the concepts discussed earlier in this Chapter. Both direct application and direct effect as here defined may lead to rules of Community law directly governing situations to which national legislation also applies. The assumption underlying both direct application and direct effect is that in so far as the national rule is incompatible with the Community rule, it must give way to the Community rule. Taking *Van Gend en Loos* as an illustration, it would have been rather futile for the Court to say that the Treaty prohibition on increases in customs duties can be invoked by individuals, if the Dutch customs legislation could have prevailed over the directly effective Treaty provision. Indeed, the whole series of decisions giving effect to basic Treaty provisions once the transitional period had ended rests on the general acceptance of the primacy of those provisions over any conflicting national rules.

The primacy of Community law was first clearly enounced in Case 6/64 *Costa v. ENEL*,²⁶⁷ where the Court pointed out that the direct application of a Regulation 'would be quite meaningless if a State could unilaterally nullify its effects by means of a legislative measure which could prevail over Community law' and asserted more generally that the law stemming from the Treaty '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'. This view has been consistently reiterated by the Court, and its consequences with regard to di-

266 Repeating Case 199/82, *San Giorgio* [1983] ECR 3595.

267 [1964] ECR 585.

rectly applicable legislation were forcefully stated in Case 106/77 *Simmmenthal II*²⁶⁸ to be that such legislation renders automatically inapplicable any conflicting provisions of current national law, and also that it precludes the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with the Community legislation. This view accords with the suggestion which has already been made that 'direct application' amounts to a 'keep out' sign to national legislation. With regard to directly effective legislation a similar result has been reached: it was stated in the *Ratti* case that a Member State 'may not apply' a national provision incompatible with directly effective provisions of, in that case, a Directive. The lack of national competence where a matter is governed by directly effective Community law rules is illustrated by what happened when the United Kingdom Parliament enacted the Merchant Shipping Act 1988, containing rules on the registration of fishing vessels which were alleged to conflict with, inter alia, freedom of establishment under Article 52 of the EEC Treaty: in enforcement proceedings brought by the Commission, the President of the European Court made an interim order requiring the United Kingdom to suspend the operation of certain provisions in the Act until judgment was given,²⁶⁹ and on a reference from the House of Lords in national proceedings, it was held that if the only reason why the House of Lords did not make an interlocutory order requiring part of the Act not to be brought into operation was a rule of English law preventing such orders being made against the Crown, then that rule of English law should be ignored in the context of preventing a breach of Community law rights – and the House of Lords did then make such an order.²⁷⁰ In the result, one of the leading British academic constitutional lawyers has suggested that Acts of Parliament 'now rank as second-tier legislation'.²⁷¹

The principle of the primacy of Community law has been generally accepted by the courts of the Member States. Such problems as have arisen relate to the legal mechanism by which effect can be given to the principle by the courts, particularly in the context of national legislation, and to the status of constitutional rules.

While it is not the purpose of this Chapter to look at the attitudes of national courts to the primacy of Community law, the approach of the European Court has to be placed in its context. The mechanical problem has been of particular importance where a civil court has been faced with a conflict between a directly applicable or effective Community rule and a national rule in those countries where there are separate constitutional or ad-

268 [1978] ECR 629.

269 Case 246/89R, *Commission v. United Kingdom* [1989] ECR 3125.

270 Case C-213/89, *Factortame v. Secretary of State for Transport* [1990] ECR I 2433.

271 Wade, 'What Has Happened to the Sovereignty of Parliament?', *LQR* (1991) 1 at 3.

ministrative courts which have exclusive jurisdiction to pronounce upon the validity of national legislation, and indeed arises in the UK where the accepted view²⁷² was that the courts may not investigate the validity of Acts of Parliament. However, if, as was held in *Factortame*, the courts may be required to suspend the operation of an Act of Parliament in order to protect directly effective Community law rights, it would appear that they do have to consider the validity of the Act in terms of Community law. In Belgium²⁷³ and in France²⁷⁴ the respective supreme civil courts circumvented the problem by holding that where Community legislation governs a particular matter, conflicting national legislation, even if it is later in date, is simply not to be applied. However, in Italy,²⁷⁵ the constitutional court held that an Italian Judge may not refuse to apply provisions of domestic law which conflict with provisions of Community law by invoking the supremacy of Community law. Instead, he should refer the question of the constitutionality of the domestic legislation to the Italian Constitutional Court. It was this background which gave rise to the reference in the *Simmenthal* case, where an Italian first instance judge wished to order the Italian finance administration to repay certain health inspection fees which had been levied contrary to Community rules, without having to refer the matter to the Constitutional Court. The question effectively asked whether this Italian rule was compatible with the concept of directly applicable legislation, and the European Court gave a clear answer. It said that every national court must, in a case falling within its jurisdiction, apply Community law in its entirety and protect rights which Community law 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'.

To base the primacy of Community law on the 'direct' nature of the Community rules may give a mechanical solution to possible conflicts, even if it hardly explains how a Member State may be liable in damages for harm caused by its failure to implement a Directive which cannot be directly enforced against it, which appears to rest on the duty of the Member State to give effect to its Community obligations, and it leaves unanswered the question of how Community law acquires its authority in the first place. The explanation given by the European Court is that the powers of the Community were transferred to it by the Member States, and that the Member States no longer have these powers. This was first expressed, again, in *Costa v. ENEL*, where it was said by the Court that 'the transfer by the States from their domestic legal system to the Community legal sys-

272 Reaffirmed by the House of Lords in *Pickin v. British Railways Board* [1974] AC 765.

273 In the '*Le Ski*' case [1972] CMLR 330.

274 In the *Café Jacques Vabre* case [1975] 2 CMLR 336.

275 In the *Industrie Chimiche Italia Centrale* case (Il Consiglio di Stato 1975, 1104).

tem of the rights and obligations arising under the Treaty carries with it a *permanent* limitation of their sovereign rights, against which a subsequent unilateral act incompatible with the concept of the Community cannot prevail'.

An even stronger affirmation of this principle was given in the context of Article 76 of the Euratom Treaty. This Article required that the provisions governing the Euratom Supply Agency should be confirmed seven years after the entry into force of the Treaty, or that new provisions should be adopted if they were not confirmed. In an action brought against France, Case 7/71 *Commission v. France*,²⁷⁶ for failure to comply with the supply provisions, it was argued by the French that these provisions must be taken to have lapsed, since they had not been confirmed after seven years, and had not been replaced by new provisions. The Court, however, said that:

The Member States agreed to establish a Community of unlimited duration, having permanent institutions invested with real powers, stemming from a limitation of authority or a transfer of powers from the States to that Community.

Powers thus conferred could not, therefore, be withdrawn from the Community, nor could the objectives with which such powers are concerned be restored to the field of authority of the Member States alone, except by virtue of an express provision of the Treaty.

It held that Article 76 did not operate to convey the powers back to the Member States, and that the supply provisions must be taken to have been continued on a temporary basis. The theory of a transfer of powers provides a conceptual justification for the mechanical process by which 'direct' Community rules are given precedence over conflicting national rules by simply not applying the national rule to situations governed by the Community rule. However, taken to its logical conclusion it means that the Member State no longer has the powers it has transferred to the Community, including the power to affect individuals in certain areas of the law. The result of this, so far as the UK is concerned, would appear to be that as a matter of legal theory the UK has no power to repeal those sections of the European Communities Act recognizing the 'direct' nature of certain provisions of Community law. To enforce such a theory would require a revolution in judicial attitudes so as to allow judicial review of the repealing legislation – a situation perhaps not totally impossible in so far as Acts of the UK Parliament can now be suspended or, presumably, give rise to a liability in damages.

276 [1971] ECR 1003.

G. Limitations on the Communities

Recognition that there has been a transfer of powers may also resolve the problems which some Member States have found with regard to basic constitutional provisions and show what limits there are on the scope of Community law. Perhaps the best known example was the *Internationale Handelsgesellschaft* (or *Solange I*) case,²⁷⁷ where a majority in the German Federal Constitutional Court held that the fundamental rights entrenched in the German constitution must prevail over Community law so long as the Community lacked a list of fundamental rights and a directly elected Parliament to which the other Community institutions were fully responsible. It is interesting to note that since that judgment, the European Parliament has become directly elected, the Council, Commission and Parliament have signed a Joint Declaration on Fundamental Rights on 5 April 1977, and the European Court has openly accepted that it should take account of fundamental rights derived from national law. In the light of this, the German Constitutional Court has changed its mind and accepted that fundamental rights are adequately protected in Community law,²⁷⁸ even if the Italian Constitutional Court still has doubts.²⁷⁹

Although the judgment in *Internationale Handelsgesellschaft* was criticized for its partial denial of the primacy of Community law, its result can be explained on the basis that a Member State can only have transferred to the Community powers it had capacity to transfer. In his Opinion in Case 7/76 *IRCA v. Italian Finance Administration*,²⁸⁰ A. G. Warner expressed the view that 'Community law owes its very existence to a partial transfer of sovereignty by each of the Member States to the Community. No Member State can, in my opinion, be held to have included in that transfer power for the Community to legislate in infringement of rights protected by its own Constitution. To hold otherwise would involve attributing to a Member State the capacity, when ratifying the Treaty, to flout its own constitution, which seems to me impossible.' In expressing this concept in terms of capacity at the time of transfer, the objection²⁸¹ that the primacy of Community law must exist against national constitutional law since the

277 [1974] 2 CMLR 540.

278 *Wünsche Handelsgesellschaft* (or *Solange II*) [1987] 3 CMLR 225.

279 *S.p.a. Fragn* v. *Amministrazione delle Finanze*, *Rivista di Diritto Internazionale* (1989) 103. See Schermers, 'The Scales in Balance: National Constitutional Court v. Court of Justice', *CML Rev.* (1990) 97, who suggests that 'in the case of a Community rule bluntly violating human rights, it may be preferable to sacrifice uniformity by accepting that the rule cannot be applied in Member States which have a constitutional court'. He accepts, however, that 'in practice a possible violation of fundamental human rights will not be blunt'.

280 [1976] ECR 1213.

281 Mitchell, 'The Sovereignty of Parliament and Community Law: The Stumbling Block That isn't There', *International Affairs* (1979) 33.

whole system would be at risk from constitutional amendment, would appear to be overcome. However, a different way of reaching a similar result, and one which perhaps accords more with what the Court has done, is to say that in transferring substantive powers to the Communities, the Member States must be taken also to have transferred the fundamental guarantees which accompany these powers in their own legal systems.

At first sight, the attitude of the Court seemed hostile to the idea of taking account of national constitutional rules. In the *Internationale Handelsgesellschaft* case,²⁸² when it was before the European Court on a reference at an earlier stage in the proceedings, the Court refused to allow the validity of a Community measure to be tested against a *German* constitutional rule. However, it then went on to consider whether any *analogous* guarantee inherent in Community law had been disregarded, since respect for fundamental rights formed 'an integral part of the general principles of law protected by the Court of Justice.' As has been remarked,²⁸³ this amounts to a 'replacement' of *nationally* guaranteed basic rights by basic *Community* rights. The point at issue in the case was whether the system of deposits required for export licences under the common organization of the market in cereals breached the principle of proportionality, that is, exceeded what was necessary for its purposes. The European Court, applying the principle of proportionality as a general principle of Community law, held that it did not, and the German Constitutional Court reached the same conclusion applying the principle of proportionality as a rule of German law.

Since then, the European Court has announced more openly that it does regard national constitutional rules as a source of the general principles of Community law which it applies. In Case 4/73 *Nold v. Commission*,²⁸⁴ after repeating that fundamental rights form an integral part of the general principles of law of which it ensures the observance, the Court went on to observe that 'in safeguarding these rights, the Court is *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 Constitution of those States.'

It may thus be said that a tradition of judge-made law has been established which introduces into the Community law a general principle, requiring the respect for those fundamental liberties which belong to the common constitutional tradition of the Member States.²⁸⁵ The Court repeated what it had said in *Internationale Handelsgesellschaft* and *Nold* in another refer-

282 Case 11/70, [1970] ECR 1125.

283 Bebr, 'The Law of the European Communities and Municipal Law', *MLR* (1971) 1.

284 [1974] ECR 491.

285 Scheuner, 'Fundamental Rights in EEC Law and National Constitutional Law', *CML Rev.* (1975) 171; see also Dausies, 'Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order', *ELR* (1985) 398.

ence from a German court, Case 44/79 *Hauer*,²⁸⁶ where it was alleged that certain Community legislation, forbidding the planting of new vineyards for a limited period, infringed the rights of property guaranteed under the German constitution. It was here said that rights of property were guaranteed in the Community system according to the concepts common to the constitutions of the Member States, reflected also in the First Protocol to the European Convention on Human Rights. In determining the scope of this right of property, the Court referred expressly to, *inter alia*, provisions of the German, Italian and Irish constitutions, before concluding that the measure in question did not entail any undue restriction on the exercise of rights of property.²⁸⁷ The importance of the protection of fundamental rights has recently been reemphasized in the context of anti-dumping procedure in Case C-49/88 *Al-Jubail Fertilizer*,²⁸⁸ where the Court stated that the institutions must be particularly scrupulous with regard to the right of those involved to be heard, precisely because in the current stage of its development, the Community legislation did not provide all the procedural guarantees for the protection of the individual laid down in the laws of some Member States. It held that the institutions were therefore under a duty to ensure that the applicants were provided with all the information necessary to enable them effectively to defend their interests, and that to send an unregistered letter whose receipt could not be proved was not a proper way of communicating such information; the Regulation was therefore annulled to the extent that it concerned the applicants.

In the light of this, it may be observed that the problem originally envisaged by the German Constitutional Court has not arisen in practice. Be that as it may, the use by the European Court of general principles derived from national concepts is familiar,²⁸⁹ and in the present context it is worth emphasizing that these principles have been used to limit the effects of the Treaty provisions themselves. Particularly they are used to control the way in which the powers transferred to the Community are exercised.

Two major examples both involve the very general principle of 'legal certainty'. In the second *Brasserie de Haecht* case,²⁹⁰ it was held that although the prohibition on certain agreements in Article 85 of the Treaty produced direct effects from the entry into force of the Treaty, 'legal certainty' required that agreements existing before the entry into force of the first Regulation implementing Article 85 in 1962, and which had either been notified to the Commission or were non-notifiable under that

286 [1979] ECR 3727.

287 Though it must be said that it seems to have failed to consider whether limitations on property rights usually gave rise to compensation.

288 27 June 1991, not yet reported.

289 Usher, 'The Influence of National Concepts on Decisions of the European Court', *ELR* (1975) 359.

290 Case 48/72, [1973] ECR 77.

Regulation, could only be declared void after the Commission had reached a decision under the Regulation.²⁹¹ Similarly, in the second *Defrenne* case,²⁹² the Court held that although effect should have been given to Article 119 of the Treaty on equal pay in the original Member States from 1 January 1962, its direct effects could only be invoked from the date of the judgment (8 April 1976), on the grounds that, the conduct of the Commission and of certain Member States having led those affected to continue with practices which were contrary to Article 119, 'in these circumstances, it is appropriate to determine that, as the general level at which pay would have been fixed cannot be known, important considerations of *legal certainty* affecting all the interests involved, both public and private, make it impossible in principle to reopen the question as regards the past'.

It was this aspect of the decision in *Defrenne* which led Hamson²⁹³ to comment that the development of the concept of direct effects had led the Court to claim and exercise a dispensing power not known to any modern court in any of the Member States 'in order to avoid mere chaos'. On the other hand, it could be said to be an illustration of a restriction by a principle culled from national concepts on the scope of a power transferred to the Community.

Beyond these general principles, more specific restrictions on the way in which powers transferred to the Community can be exercised have been recognized as arising from international obligations entered into by the Member States. This is perhaps of greatest practical importance with regard to commercial policy. In Case 38/75 *Nederlandse Spoorwegen*,²⁹⁴ it was held that, with regard to commitments arising under GATT and the 1950 Customs Cooperation Council Nomenclature Convention entered into by the Member States, the Community had 'replaced' the Member States and *was bound* by those commitments.²⁹⁵ More generally, with regard to conventions relating to fundamental rights, it was observed in *Nold* that 'international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law'. It has nevertheless been suggested²⁹⁶ that a proper balance of powers requires that in the matter of human rights the European Court should be subject to the jurisdiction of the European Court of Human

291 The same considerations apply to the direct effect of Article 85 in the air transport sector, Cases 209-213/84 *Asjes* [1986] ECR 1425.

292 Case 43/75, [1976] ECR 455.

293 Hamson, *Methods of Interpretation - a Critical Assessment of the Results* in 'Reports of the Judicial and Academic Conference' (1976).

294 [1975] ECR 1439.

295 A view reaffirmed in e.g. Case 266/81, *SIOT* [1983] ECR 731.

296 Schermers, 'The Scales in Balance: National Constitutional Court v. Court of Justice', *CML Rev.* (1990) 97.

Rights. Leaving on one side the Treaty complications inherent in such a suggestion, it may be observed that the Court has made express reference in its judgments to judgments of the Court of Human Rights,²⁹⁷ and that the Treaty on Political Union agreed at Maastricht in December 1991 introduced a new provision stating expressly that 'the Union shall respect fundamental 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 laws of the Member States as general principles of Community law'.

It may thus be concluded that in so far as Member States have transferred powers to the Communities, they have to a large degree transferred also the constraints on their exercise of these powers.

V. The European Court of Justice and its Jurisdiction

A. Background

The three European Communities share a Court of Justice whose jurisdiction is compulsory. It alone has jurisdiction to resolve disputes between Community institutions, between Member States, or between Member States and Community institutions in the context of Community law;²⁹⁸ it also has a power of control over the Acts of the Community institutions and their failures to act,²⁹⁹ and jurisdiction to award damages for harm caused by the Community institutions.³⁰⁰ Most important of all, it has power to interpret Community law at the request of a national court before which a question of Community law arises.³⁰¹ It has been seen that it was through this means that the door to private enforcement of Community law was opened, thus ensuring that the rules of the EEC Treaty are indeed effective in practice.³⁰²

Since 1989, the Court has had attached to it a Court of First Instance. The Single European Act changed all three Treaties so as to enable the Council acting unanimously to attach to the Court of Justice a court with jurisdiction to hear and determine at first instance, subject to a right of appeal to the Court of Justice on points of law only, certain classes of action or proceeding brought by natural or legal persons. This first instance court could not, however, be empowered to hear cases brought by Member States

297 Cases 209-215 and 218/78, *Van Landewyck v. Commission* [1980] ECR 3125 at 3248.

298 EEC Treaty Arts. 169, 170, 173 and 175; for the suggestion that the Court may also exercise certain general powers see Case C-2/88, *Zwartveld* [1990] ECR 3365.

299 Arts. 173 and 175.

300 Arts. 178 and 215.

301 Art. 177.

302 See Chapter IV.

or by Community institutions or to hear questions referred for a preliminary ruling under Article 177.

This amendment did not reflect either the European Parliament's 1984 resolution on European Union or the Commission's White Paper on achieving the internal market; rather, it was a change which the European Court itself had been urging upon the Council at least since the late 1970s, as a method of alleviating the growing burden with which the Court was faced. Back in 1978, a proposal was drafted for a simple Regulation to create a staff administrative tribunal to hear disputes between Community officials and their employing institutions, but nothing came of it.³⁰³ However, the Court of First Instance is empowered to hear not only staff cases, but also certain direct actions brought by individuals. Perhaps the most important such jurisdiction relates to competition cases.³⁰⁴ Since these often involve detailed questions of fact they tended to take a disproportionate amount of the Court's time. Certain actions brought by undertakings and associations of undertakings under the Coal and Steel Treaty have also been transferred to the Court of First Instance, but the numbers of such cases have diminished since the ending of the steel quota system. How far the First Instance Court will in fact alleviate the burden on the European Court itself will depend to some extent on how frequently its judgments are appealed to the European Court. It might however be suggested that the jurisdiction conferred upon it by the 1988 Council Decision under which it was established³⁰⁵ is in reality so limited that the European Court will still be left with a backlog of work,³⁰⁶ and indeed the statement of reasons for the Decision justified the creation of the Court of First Instance not on the grounds that it would alleviate the burden on the European Court, but on the grounds of improvement of the quality of judicial protection: 'in respect of actions requiring close examination of complex facts, the establishment of a second court will improve the judicial protection of individual interests'. It was further stated that 'it is necessary, in order to maintain the quality and effectiveness of judicial review in the Community legal order, to enable the Court to concentrate its activities on its fundamental task of ensuring uniform interpretation of Community law'. This would appear above all to be an allusion to the system of references for preliminary rulings, which remain the province of the European Court, and by virtue of which the concepts of the direct effect of Community legislation and the primacy of Community legislation, considered in Chapter 4, were developed. However, the aim of this Chapter is neither to examine the formal

303 Discussed in House of Lords Select Committee on the European Communities 17th Report, Session 1978-9.

304 Council Decision 88/591 (OJ 1988 L 319/1) Art. 1(c).

305 Decision 88/591 (OJ 1988 L 319/1).

306 See T. Millett, *The Court of First Instance of the European Communities* (1990).

changes to the Court's jurisdiction nor to consider the substantive consequences of the exercise of its jurisdiction, but rather to see how that jurisdiction has been developed in its own case-law.

B. Remedies under the Three Treaties

The broad, purposive interpretation of substantive provisions of Community law by the European Court of Justice is so familiar as virtually to be regarded as the trademark of the European Court.³⁰⁷ Such an approach has also been followed with regard to the Treaty provisions concerning the jurisdiction of the European Court. Indeed, it has for many years been evident that the remedies expressed in one Treaty, may be extended to, or applied by analogy to, situations governed by another Treaty. So, for example, in Case 9/56 *Meroni*,³⁰⁸ the narrow version of the plea of illegality contained in Article 36 of the ECSC Treaty, under which the illegality of an underlying general Decision may be invoked only where the applicant is seeking the annulment of a Decision imposing a pecuniary sanction or period penalty payment, was held to be a specific application of the more general principle recognized in the EEC (Article 184) and Euratom Treaties allowing the applicant to question the legality of the general legislation on which any individual decision is based. Similarly, as recently as 1990, the Court held that although Article 41 of the Coal and Steel Treaty gave it power only to consider the validity of Community legislation on a reference from a national court, nonetheless it would be inconsistent with the logic of the Treaties for it to have power to interpret Community law under the corresponding provision of the EEC and Euratom Treaties, but have no power to do so in the context of the Coal and Steel Treaty.³⁰⁹ The European Court therefore arrogated to itself also jurisdiction to interpret provisions of legislation made under the Coal and Steel Treaty on a reference from a national court. Conversely, although only Article 41 of the ECSC Treaty gives the Court *exclusive* jurisdiction to consider the validity of Community legislation at issue before national courts, Article 177 of the EEC Treaty being silent on the point, it has been held that under the EEC Treaty also only the European Court may declare Community legislation invalid, since it must be valid or invalid for the Community as a whole, not just within one national jurisdiction.³¹⁰

307 See Chapter IV.

308 [1957/1958] ECR 133.

309 Case C-221/88, *ECSC v. Busseni* [1990] ECR I 495.

310 Case 314/85, *Foto Frost v. HZA Lübeck-Ost* [1987] ECR 4199.

In the meantime, in the first of the cases to be brought by Luxembourg against the European Parliament in an attempt to challenge the Parliament's decisions as to where it should sit,³¹¹ the Court allowed Article 38 of the Coal and Steel Treaty, which alone among the Treaties expressly envisages an action for annulment being brought against the European Parliament, to be used to challenge a resolution of the Parliament which produced effects, indeed most of its effects, under the other Treaties. However, the purpose of this Chapter is not so much to examine those situations where it might be said that the European Court has stretched an express jurisdiction, but rather to investigate whether the European Court is beginning to assert a general jurisdiction, that is a jurisdiction which does not rest on the express terms of those provisions of the Treaty which deal with the Court's jurisdiction, and also to investigate whether it is beginning to adopt practices which cannot in themselves be said to be derived from the express terms of the Treaties.

C. Acts Susceptible to Annulment

A common factor in the actions for annulment envisaged in all three Community Treaties is that non-binding Acts, such as opinions, may not be challenged. Nevertheless, such non-binding Acts may still have important legal effects, as has been observed, and at a very early stage, in the mid-1950s, the European Court can be found developing a technique to enable judicial control to be exercised in such cases. The point first seems to have arisen in Cases 1 and 14/57 *Usines à Tubes de la Sarre*.³¹² This case involved an opinion under Article 54 of the Coal and Steel Treaty on an investment proposal submitted by the applicant. Under the terms of the Coal and Steel Treaty, such opinions must be reasoned. The Court, however, found as a fact that there was no statement of reasons accompanying the opinion, and formally held that in the absence of a statement of reasons the opinion could not exist. Whatever the conceptual niceties involved in distinguishing an act which does not exist from one which is a nullity, it may respectfully be submitted that a declaration of inexistence is in practical terms very similar to a declaration of nullity. In particular, it means that any procedure in which a reasoned opinion is required will inevitably be defective if there is held to be no reasoned opinion.

While, as has been mentioned above, the Coal and Steel Treaty did contain a remedy enabling acts of the European Parliament to be challenged, there was no such provision in the EEC and Euratom Treaties. In 1986, the European Court went beyond holding that the Coal and Steel

311 Case 230/81, *Luxembourg v. European Parliament* [1983] ECR 255.

312 [1957/1958] ECR 105.

remedy could be used against acts which also produced effects under the EEC and Euratom Treaties to allow an action to be brought under Article 173 of the EEC Treaty against an act of the European Parliament. The point arose in Case 294/83 *Les Verts v. European Parliament*³¹³ which involved a challenge by the French Greens to decisions of, and rules adopted by, the European Parliament concerning appropriations granted as a contribution to the information campaign for the second direct elections to the Parliament. Despite the silence of Article 173 of the EEC Treaty, which refers only to acts of the Council and the Commission, the Court held that the general scheme of the Treaty was to make a direct action available against all measures adopted by the institutions which are intended to have legal effects. The Court suggested that the European Parliament was not expressly mentioned amongst the institutions whose measures might be contested because in its original version the EEC Treaty merely granted it powers of consultation and political control, rather than the power to adopt measures intended to have legal effects *vis-à-vis* third parties. Since, unlike the Coal and Steel Treaty, the EEC Treaty contained only one provision relating to an action for annulment, Article 173, the Court held that this provision must be regarded as being of general application. It further held that an interpretation of it which excluded measures adopted by the European Parliament from those which could be contested would lead to a result contrary both to the spirit of the Treaty and to its system. If Article 173 were not so extended, measures adopted by the European Parliament in the context of the EEC Treaty could trespass into the powers of the Member States or of the other institutions or exceed the limits set for the Parliament's powers, without it being possible to refer them for review by the Court. Whilst this approach does not perhaps take into account the Court's early case law holding that acts which cannot be annulled may nonetheless be regarded as non-existent, the Court went on to conclude that an action for annulment must lie against measures adopted by the European Parliament intended to have legal effects with regard to third parties. With regard to the particular decisions and rules of the European Parliament at issue, the Court held that they governed the rights and obligations both of those political groupings that were already represented in the European Parliament, and of those which wished to take part in the 1984 direct elections. The measures were therefore designed to produce legal effects with regard to third parties and could be the subject of an action for annulment under Article 173. In other words, so as to ensure a comprehensive system of judicial control of acts of the Community institutions affecting the legal situation of third parties, the European Court re-wrote Article 173 so as to include the European Parliament as the author of a challengeable act. A formal rewriting fol-

313 [1986] ECR 1339.

lowed in the Treaty amendments agreed at Maastricht in 1991, so that under the new version the Court may review the legality of 'acts of the European Parliament intended to produce legal effects *vis-à-vis* third parties'. What was not, however, discussed in *Les Verts* was whether it was appropriate to use a remedy designed for the control of nominated bodies to control a democratically-elected Parliament, although in that particular case it was acting in an administrative rather than a legislative capacity. To the extent that the Parliament will in the future have shared legislative powers with the Council, the question has been anticipated in the Maastricht amendments, which provide that the Court may review the legality of 'acts of the European Parliament and the Council' where acts emanate from those two bodies acting together, as envisaged in Article 189(b) of the Treaty.

D. Actions by the European Parliament

In *Les Verts*, the European Parliament did not dispute that in areas where it may itself adopt legal measures, it was subject to judicial review by the Court. However, it would appear that this concession was made so as to enable it to argue that it should in turn have the capacity to bring an action for annulment against measures adopted by the Council and the Commission. In so claiming, the Parliament was moving into an area where none of the Treaties gave it *locus standi*. While the action for failure to act under Article 175 of the EEC Treaty did not in fact give rise to much difficulty, since it expressly allowed an action to be brought by any of the institutions, Article 173 of the EEC Treaty restricted the direct action for annulment to the Council and the Commission of the Community institutions, and Articles 33 and 38 of the Coal and Steel Treaty were similarly limited. The Parliament did, however, attempt to bring a direct action for annulment in Case 302/87, *European Parliament v. Council (Comitology)*.³¹⁴ It there sought to challenge the Council decision laying down general rules, pursuant to the Single European Act, for delegating powers to the Commission, otherwise rejoicing in the name of comitology. The Court there suggested that there was no necessary correlation between the ability to be the defendant in an action for annulment and the ability to bring such an action. It further indicated that the remedies available to the European Parliament were essentially political, in particular censure of the Commission, and that if the European Parliament wished action to be taken before the Court against another institution it should in principle ask the Commission to act on its behalf.

314 [1988] ECR 5615.

However, the European Court was subsequently persuaded to change its mind in Case C-70/88, *European Parliament v. Council (Tchernobyl)*³¹⁵ with regard to legislation laying down maximum levels of radioactive contamination for foodstuffs following a nuclear accident. Although this action was brought against the Council of Ministers, in reality the Parliament was challenging the action of the Commission, which had put forward the proposal for this legislation on the legal base of Article 31 of the Atomic Energy Treaty, which merely required the Parliament to be consulted, whereas the Parliament argued that it should have been based on Article 100A of the EEC Treaty, which would have required the use of the cooperation procedure with Parliament. The Parliament therefore argued that the second case showed that the Commission could not be relied upon to act on its behalf to challenge a measure where the Commission itself had drafted that measure on a legal basis other than that considered appropriate by Parliament. The Parliament therefore suggested that there was a lacuna which the Court should fill by allowing the European Parliament to bring an action for annulment at least insofar as that was necessary to protect its own prerogatives. Interestingly, the Commission, whilst intervening to support the Council on the substance, nevertheless supported the Parliament's arguments with regard to admissibility.

After having noted that the Parliament was not expressly mentioned either in Article 173 of the EEC Treaty or Article 146 of the Euratom Treaty, the Court also pointed out that the Parliament could not bring an action as a legal person under the second paragraph of those provisions, because it did not itself enjoy legal personality. After having referred to the 1988 judgment, the Court accepted that the second case did indeed show that there may be circumstances where the remedies available to the European Parliament were either ineffective or uncertain, in particular noting that although the Commission may in principle be obliged to ensure that the prerogatives of the Parliament are respected, this could not go to the extent of requiring the Commission to bring an action for annulment which it itself believed to be ill conceived. The Court therefore concluded that the remedies available under the Treaties were not adequate to ensure the proper control of an act of the Council or Commission which breached the prerogatives of the Parliament. The Court further suggested that the institutional balance established by the Treaties required each of the institutions to exercise its powers in such a manner as to respect the powers of the other institutions, which in particular implied that a breach of that principle should be subject to political control. The Court therefore held that a judicial remedy must be available to ensure respect for the Parliament's prerogatives.

However, the Court was not willing simply to add the Parliament to the Council and Commission as privileged litigants under Article 173 of the EEC or Article 146 of the Euratom Treaty; rather, it suggested that Parliament would be required to show that it had an interest in bringing the action. Nonetheless, the Parliament's prerogatives could not be breached without a judicial remedy being available and the failure to make such a provision in the Treaties must give way to the fundamental interest in maintaining respect for the institutional balance established by the Treaties. The Court therefore in effect created a new version of the action for annulment for the Parliament; it held that the Parliament could bring an action for annulment before the Court directed against an action of the Council or the Commission on condition that this action was intended to safeguard the Parliament's prerogatives, and that it was based on the grounds relating to the violation of those prerogatives. Amongst those prerogatives was the Parliament's role in the legislative process, in particular its right to participate in the cooperation procedure. Therefore in claiming that a Treaty base had been used which deprived it of the opportunity to participate in the cooperation procedure, the Parliament was indeed invoking an alleged breach of its prerogatives.

The Court's judgment was followed in the Treaty amendments agreed at Maastricht, which add a new sentence to the first paragraph of Article 173, giving the Court jurisdiction 'in actions brought by the European Parliament and by the European Central Bank for the purpose of protecting their prerogatives'

It may however be suggested that this new remedy is not totally without parallels. During the course of the 1980s, when faced with the well known problems of direct and individual concern, and the substantive problem of knowing whether a refusal to act on the part of the Community institution itself amounts to a challengeable act or a failure to act, the Court developed the theory that where a particular procedure was laid down by Community law, a litigant who had participated in that procedure could bring an action for annulment to ensure that that procedure had been correctly followed with regard to that particular participant. This approach was first laid down in the *Fediol* case³¹⁶ with regard to dumping complaints, in which area it was reaffirmed in the *Timex*³¹⁷ case, and it has subsequently been extended for example to the area of complaints about State Aids, in the *Cofaz*³¹⁸ case. It might be suggested that the 1990 *Parliament v. Council* judgment falls into this line, in that where a procedure is laid down for the Parliament's participation, the action for annulment is available to the European Parliament to ensure that that procedure

316 Case 191/81, *Fediol v. Commission* [1983] ECR 2913.

317 Case 264/82, *Timex* [1985] ECR 849.

318 Case 169/84, *Cofaz* [1986] ECR 391.

is followed. Nevertheless, the remedy is indeed one which did not self-evidently flow from the terms of the Treaty.

E. Precedent

One interesting sidelight of the 1990 *Parliament v. Council* case, is the approach taken by the Court to distinguishing its previous decisions. The Court has for many years been quoting its previous decisions when it is following them; indeed, citation of a previous judgment appears frequently to be regarded as a sufficient reason not to have to give a detailed reasoning of the same point again in the Court's judgments. On the other hand, it has long been notorious that the European Court does not state directly when it is not following its earlier case law. What was novel about the judgment in the Parliament's case was that the Court referred expressly to its 1988 judgment, referred in detail to the reasoning in that judgment, and then concluded that the remedies it had suggested that the Parliament should use in that judgment were not in fact sufficiently effective or certain. The Court then went on openly to reach a different conclusion. This approach has been repeated in a different area in Case C-10/89 *CNL-SUCAL v. HAG*.³¹⁹ This case involved once again the famous HAG trademark which had been at issue in Case 192/73 *van Zuylen v. HAG*.³²⁰ It will be remembered that in that case the European Court laid down the doctrine of common origin, holding that the holder of a trademark having the same origin as that used by a trader in another Member State could not invoke it to prevent imports under that mark from the other Member State. That doctrine had been heavily criticized, and in the 1990 judgment, the European Court expressly stated in as many words that it found it necessary to reconsider the interpretation given in the earlier judgment in the light of its later case law. After expressly reaffirming the approach derived from the *Centrafarm*³²¹ cases that where a product has been sold by the holder of the patent or trademark himself or with his consent in one Member State, then the owner of the right cannot prevent those goods being imported into another Member State where he holds the rights, the Court expressly reversed the common origin rule, at least where the right to the mark had at some stage been expropriated so that the marks were operated independently. Could it be suggested that these decisions indicate a subtle change in the Court's attitude to precedent; no longer are earlier cases merely something which save detailed reasoning in later cases, but they are of sufficient importance as sources of law for the Court to need to state expressly when it is no longer following

319 *Kaffee Hag II*, [1990] ECR 3752.

320 *Kaffee Hag I*, [1974] ECR 731.

321 Cases 15 and 16/74 *Centrafarm* [1974] ECR 1147 and 1183.

them. In effect, the attitude of the Court to its previous decisions appears to be taking a distinctly English turn.

F. Towards a General Jurisdiction?

Whilst the Parliament cases mentioned above see the Court extending a well-established remedy, or at least a version of a well-established remedy, to situations that were not expressly provided for in the Treaty, another recent decision of the Court involves a remedy which was not foreseen by those who drafted the Treaties, and involves a jurisdiction asserted upon the basis of general provisions of the Treaty. This was Case C-2/88 *Zwartveld*,³²² which involved a request by a Dutch court for the European Court to give it assistance in a case before it. The Dutch judge was investigating an alleged fraud involving breaches of the Community fish quota system, and the fish marketing system. The Dutch judge claimed that in order to proceed with his investigation he needed access to certain reports prepared by Commission officials, and also required those officials to give evidence before him. The Commission refused to transmit the reports to the Dutch judge, so he then sent a request to the European Court asking it to order the Commission to produce the documents and to order the inspectors to give evidence before him. The Dutch judge was obviously aware of the difficulty of finding a legal base on which the European Court could act, but he himself invoked Articles 1 and 12 of the Protocol on the Privileges and Immunities of the European Communities; Article 1 provides that the property and assets of the Communities shall not be subject to legal measures of constraint without the authorization of the Court of Justice, and Article 12 provides, amongst other things, that the immunity of Community officials with regard to acts performed by them in their official capacity is subject to the jurisdiction of the Court in disputes between the Communities and their officials and other servants. He also invoked the Council of Europe conventions on assistance in criminal matters, on the basis that, although the Community itself was not a party to them, nonetheless they should be considered as forming an integral part of the Community legal order, which itself indicates an interesting development of the Court's well-known case law holding that the principles underlying the European Convention on Human Rights are general principles which must be recognized within the Community context, even though the Community itself is not a party to the Human Rights Convention.³²³

The reaction of the Commission was to argue that the Dutch judge's application was inadmissible. It argued that the Treaty must be regarded as

322 [1990] ECR 3365.

323 See, e.g., Case 36/75, *Rutili* [1975] ECR 1219 at 1232. See also Chapter IV.

exhaustive with regard to the remedies available before the European Court, and it emphasized that the only way a national court could bring a matter before the European Court was by a reference under Article 177 of the EEC Treaty, and in the Commission's view that was not relevant because the Dutch judge was not seeking the interpretation of a provision of Community law. The Commission also suggested that Articles 1 and 12 of the Protocol on the Privileges and Immunities of the European Communities were not relevant in this context. Asked by the Court as to its substantive reasons for refusing to produce the reports or to allow its inspectors to give evidence, the Commission took the line that its inspectors' reports were internal documents which did not necessarily reflect the Commission's position, and their communication could harm relations between the Commission and Member States in the delicate area of supervision of the fisheries market. The Commission also invoked Article 2 of the Protocol on Privileges and Immunities, which provides that the archives of the Communities shall be inviolable; the Commission claimed that Article 2 contained no exemptions, so that the Court had no power to lift that immunity.

With regard to the appearance of its inspectors as witnesses, the Commission indicated that it was not willing to indicate the identity of its inspectors or to authorize them to give evidence, because if they did so, it would affect their work and the degree to which they were able to exercise effective supervision on behalf of the Community. On the other hand, the Commission did declare its willingness to prepare a report for the Dutch judge to the extent that this would not compromise the Commission's supervisory functions, and indicated that it might designate specific officials to give evidence before the Dutch judge, but he in turn refused to accept this offer.

Following a procedure analogous to that which would have been used if this had been a reference for a preliminary ruling under Article 177 of the EEC Treaty, the Court invited the Community institutions and the Member States to submit observations, and such observations were received from the Council, the Parliament, Germany, France, Greece, Ireland, Italy, The Netherlands, Portugal, and the United Kingdom. Obviously, the case aroused a great deal of interest.

The Court's own reasoning began with a reference back to the famous case of *Costa v. ENEL*,³²⁴ emphasizing the passage in that judgment which held that the EEC Treaty had created its own legal system which became an integral part of the legal systems of the Member States. The Court then referred to its judgment in the *Les Verts* case, which has been discussed above, pointing out that the EEC is a Community based on law, to the extent that neither the Member States nor the institutions may escape from

judicial control over the conformity of their actions with the Treaty, which the Court described as a constitutional charter. It went on to say that in this Community based on law the relationship between the Member States and the Community institutions is governed, by virtue of Article 5 of the Treaty, by the principle of loyal cooperation, which not only requires that Member States take all necessary measures to guarantee the effective implementation of Community law, including the use of criminal penalties if necessary, but this principle also required the Community institutions to observe reciprocal duties of loyal cooperation with the Member States. This duty to cooperate was of particular importance in the relationship with national judicial authorities responsible for ensuring respect for Community law within the national legal order. In the light of this, the Court held that the privileges and immunities of the Communities were not absolute, and that the specific privileges and immunities accorded to Community officials were for their own personal protection. The Protocol could not therefore be used to avoid the duty of loyal cooperation owed to national judicial authorities. The Court suggested that where a request for information or evidence came from a national judge who was investigating alleged breaches of Community law, it was the duty of any Community institution, and in particular of the Commission entrusted with ensuring that the provisions of the Treaty are applied, to give active support to the national judge by handing over the documents and authorizing the officials to give evidence.

In seeking to establish its own authority to order the Commission to comply with this basic duty of loyal cooperation, the Court invoked Article 164 of the Treaty, under which the Court is required to ensure that in the interpretation and application of the Treaty the law is observed. The Court held that by virtue of this provision it must ensure that an appropriate remedy must be available to enable it to exercise judicial control over the Commission's performance of its duty of loyal cooperation towards a national judicial authority. The Court therefore held it had jurisdiction to examine in this particular instance whether the refusal to cooperate was justified in the light of a need to avoid interference with the operation and independence of the Communities. The Commission was therefore ordered to deliver the documents requested by the Dutch judge to him, and to authorize its officials to give evidence before him, unless it could show that there were imperative reasons relating to the operation or independence of the Communities which would justify the refusal to deliver those documents or to authorize that evidence to be given.

In fact, therefore, the Court would appear to have granted a new remedy not expressly foreseen in the Treaties, by virtue of two general provisions of the Treaty, Articles 5 and 164. Reference to Article 164 as a basis for the Court's action is not however totally new. In Case 17/74 *Transocean*

Marine Paint,³²⁵ Advocate-General Warner suggested that Article 164 was a legal basis under which the European Court could take account of general principles of law derived from the laws of the Member States, on the basis that they formed part of 'the law', of which it was the Court's duty to ensure the observance. With hindsight, however, the use of Article 5 can be seen to be of increasing importance in the legal relationship between Community institutions and Member States and in the legal duties of Member States. Thus when, in the *Hurd* case,³²⁶ the question of the national taxation of a teacher at a European School arose, the Court held that while it had no jurisdiction to interpret the agreement between the Member States establishing the European Schools, nevertheless by virtue of Article 5 a Member State could not use its tax system in such a way as to harm the Community budget, and in the early days of the Community the parallel Article 86 of the Coal and Steel Treaty had been used in Case 6/60 *Humblet*,³²⁷ where it was held that no account could be taken of an official's Community income in calculating the rate of tax on his national income, to require higher rate tax to be repaid. Furthermore, the principle that a Member State may be liable in damages for a breach of Community law established in Cases C-6/90 and 9/90 *Francovich*,³²⁸ discussed in Chapter 4, is based in part on the idea that among the obligations laid down by Article 5 is that of eliminating the illegal consequences of a breach of Community law.

The use of Articles 5 and 164 in combination, however, seems also somewhat redolent of the technique used by the Commission to give itself legislative power on the basis of Article 5 and Article 155. As was observed in Chapter 2, this technique has been used by the Commission in the agricultural sector to fill the void when the Council has failed to exercise its legislative powers by the time it should have done, and came particularly to light in the context of the cereals market in 1985. There, faced with the Council's failure to adopt a regulation on cereals prices based on a Commission proposal which would have led to price reductions even in nominal terms, and where therefore it would have been undesirable to allow the previous year's higher prices to be continued, the Commission enacted its own decision, and subsequently its own regulation³²⁹ applying what it called 'precautionary measures' (in other words, fixing lower prices) in the cereals market. In so doing the Commission claimed to act on the basis of Articles 5 and 155 of the Treaty, presumably invoking Article 5 on the basis that the failure of Member States meeting in Council to fix the cereal

325 [1974] ECR 1063.

326 Case 44/84, [1986] ECR 298.

327 [1960] ECR 1125.

328 19 November 1991, not yet reported.

329 Commission Regulation 2124/85 (OJ 1985 L 198/31).

prices in due time constituted a breach of their duties under Article 5 to take all appropriate measures to ensure fulfillment of the obligations resulting from the action taken by the institutions of the Community.

It may be suggested that the reason the Commission's action was not challenged, whatever may be thought of its legal basis, is that in practical terms it was useful. Similarly, might it be suggested that it would be a serious lacuna in the Community legal system if no court had power to order a Community institution to cooperate with a national judicial authority seeking to enforce rules of Community law. However, the door would appear to have been opened to the exercise of new sorts of judicial control in the complex relationship between Community institutions and Member States, going beyond the broad interpretation which the Court had already given to the express powers under the Treaties.

VI. The Single Market and Third Country Goods

A. Introduction

While this course is essentially concerned with institutional aspects of Community law, it started by pointing to some of the differences between the three founding Treaties, particularly with regard to external trade. It is therefore of interest to consider some of the case-law developments in this core area of the concept of a common market under the EEC Treaty.

Whilst commercial policy is clearly recognized as falling within Community competence,³³⁰ some national measures may persist,³³¹ and some Community instruments apply differential treatment to the Member States, particularly with regard to quotas,³³² both of which may cause problems for the internal free movement of imported goods.

B. Commercial Policy and Internal Free Movement

The link between a common external policy and the internal free movement of imported goods in free circulation is most clearly apparent in Article 115 of the EEC Treaty, if only because it shows the difficulties caused by the application of different policies in different Member States.

330 *Opinion 1/75* [1975] ECR 1355.

331 Council Decision 69/494 (JOCE 1969 L 326/39) laid down a mechanism under which the renewal or extension of commercial agreements entered into by Member States with third countries may be authorized by the Council. Such authorizations are subject to strict time limits and expressed to be applicable only in so far as the agreements in question are not contrary to the common commercial policy.

332 Notably under Council Regulation 4136/86 (OJ 1986 L 387/42) on textiles.

At first sight this provision appears to allow expressly for differing national non-tariff restrictions at the external borders of the Community, and furthermore, appears, by its very terms, to allow these external disparities to be reflected internally by a refusal to grant Community treatment to goods which would otherwise be regarded as being in free circulation within the Community.

It provides that:

In order to ensure that the execution of measures of commercial policy taken in accordance with this Treaty by any Member States is not obstructed by the deflection of trade ... the Commission shall recommend the methods for the requisite cooperation between Member States. Failing this, the Commission shall authorize Member States to take the necessary protective measures, the conditions and details of which it shall determine.

In practice, Article 115 is used where quotas are imposed on the importation of certain goods from a third country into a Member State, but those goods have been imported into a second Member State where less restrictive quotas or no quotas at all are imposed and hence come into free circulation, and the first Member State wishes to prevent their being imported indirectly through that second Member State. Two fundamental problems therefore arise: the first is whether the import restriction is valid in Community law, and the second is whether the threat to the restriction is sufficient to justify recourse to a measure which conflicts with the basic principle of the free circulation of imported goods. The first problem was dealt with by the court in Case 41/76 *Donckerwolcke*,³³³ which in effect involved a French system of monitoring imports with a view to invoking Article 115 by requiring a declaration of origin and the issue of an import licence. The appellants had imported into France cloth and sacking which had been in free circulation in Belgium and on the French customs form they stated the origin of the goods to be the Belgium-Luxembourg Economic Union. It eventually transpired that the goods came from the Lebanon and Syria. In the event the appellants were sentenced to suspended prison sentences, a fine equal to the value of the goods in lieu of confiscation and a supplementary fine equal to twice the value of the goods. However, on appeal the Cour d'Appel of Douai referred a number of questions for preliminary ruling. In its judgment the Court considered the assimilation under Articles 9 and 10 of the EEC Treaty of goods in free circulation which had been imported from third countries to products originating within the Member States and stated that this assimilation could only take full effect if those goods are subject to the same conditions of importation both with regard to customs and commercial considerations, irrespective of the State in which they were put in free circulation. The Court further pointed out that under Article 113 of the

333 [1976] ECR 1921.

Treaty this unification should have been achieved by the expiry of the transitional period and supplemented by the establishment of a common commercial policy. Whilst recognizing that the factual absence of such a policy created problems arising from the continuation of different commercial policies which could cause deflections of trade and which Article 115 was intended to resolve, the Court reiterated that its application constituted both an exception to the provisions of the Treaty relating to the free movement of goods and an obstacle to the implementation of the Common Commercial Policy and so derogations allowed under Article 115 must be strictly interpreted and applied.

With regard to the measures of commercial policy which might be protected under Article 115, the Court stated that as full responsibility in the matter of commercial policy was transferred to the Community by means of Article 113, paragraph 1, measures of commercial policy of a national character are only permissible after the end of the transitional period by virtue of specific authorization by the Community. In essence this view is the logical corollary of the view stated in *Opinion 1/75*³³⁴ that the Community's commercial policy powers are exclusive, being incompatible with any concurrent power in the Member States, and it could be taken as an endorsement of the policy underlying Decision 69/494 requiring Council authorization of the renewal or extension of agreements entered into by Member States.

What constitutes Community authorization for a measure of commercial policy was shown in two cases arising out of the same incident when Spanish grapes were imported into France from Italy, accompanied by a certificate stating them to be of Italian origin, at a time when the bilateral quota fixed by France for grapes imported from Spain had been exhausted. In Case 52/78 *Cayrol v. Rivoira*,³³⁵ a reference in Italian civil proceedings relating to this incident, the Court considered whether France was authorized to impose quantitative restrictions on imports of Spanish grapes. It was found that Article 11 of Annex I to the 1970 Agreement between the Community and Spain prohibited quantitative restrictions on fresh table grapes between 1 January and 31 March of each year, and that under Article I and the Annex to Council Regulation No. 2513/69³³⁶ on the coordination of treatment accorded to imports of fruit and vegetables from third countries, Member States were permitted to impose quantitative restrictions on imports of table grapes for the period between 1 July of each year and the following 31 January. Putting the two together the Court concluded that a Member State could impose quantitative restrictions on imports of Spanish table grapes during the period 1 July to 31 December.

334 [1975] ECR 1355.

335 [1977] ECR 2261.

336 JOCE 1969 L 318.

Then, in Case 17/78 *Rivoira*,³³⁷ a reference made in French criminal proceedings, the Court turned to the question whether France could enforce such quantitative restrictions against the Spanish grapes when they had been in free circulation in Italy and imported into France from Italy, without having obtained authorization from the Commission under Article 115 of the EEC Treaty. To this it answered quite simply that since only Article 115 gave the Commission the power to authorize Member States to take protective measures against products originating in non-Member countries and put into free circulation in one of the Member States, it followed that a Member State did not have the right to prohibit the importation of table grapes of Spanish origin in free circulation in another Member State without having previously requested and obtained authorization from the Commission in accordance with Article 115 of the Treaty.

Returning, however, to the decision in *Donckerwolcke* with regard to the requirement of the declaration of origin, the Court held that a Member State may not require from the importer more in this respect than an indication of the origin of the products insofar as he knows it or may reasonably be expected to know it. In addition failure to comply with this obligation should not give rise to the application of penalties which are disproportionate, taking into account of the purely administrative nature of the contravention. The Court further stated that the requirement of an import licence was incompatible with the Treaty provisions, as indeed it has held in a number of other cases, before and afterwards,³³⁸ and in particular, said that it was so insofar as the goods were not subject to measures which had already been authorized by the Commission under Article 115. The Court held that the refusal to issue an import permit as an interim measure with a view to a possible application of Article 115 constitutes a restriction which is incompatible with Article 30 of the Treaty. Hence, by construing Article 115 very strictly as an exception both to the rules on the free movement of goods within the Community, and the rules for the achievement of the External single market, alias the Common Commercial Policy, the Court appeared to have very considerably confined the scope of any derogations permissible under that Article.

The result of *Donckerwolcke* is that in order to protect a measure of commercial policy threatened by imports via another Member State, a Member State must obtain a double authorization: it needs Community authorization to have the policy in the first place, and Community authorisation to protect that policy under Article 115. The circumstances under which such authorization may be given were first given detailed consideration by

337 [1979] ECR 1147.

338 E.g., Joined Cases 51 to 54/71 *Internationale Fruit v. Produktschap voor Groenten en Fruit* [1971] ECR 1107.

the European Court in Case 29/75 *Kaufhof v. Commission*.³³⁹ This was a direct action brought by a German importer to annul a Commission decision authorizing Germany not to apply Community treatment to certain tinned green beans from the People's Republic of China which were in free circulation in the Netherlands. The Court pointed out that the derogations allowed under Article 115 must be strictly interpreted and applied because they constituted both an exception to the provisions of the EEC relating to free movement of goods, which the Court described as being fundamental to the operation of the common market, and also an obstacle to the implementation of the Common Commercial Policy, provided for in Article 113.

After having noted that it had been stated on behalf of the Commission that an authorization requested would be granted, if the measure of commercial policy adopted by the Member State was compatible with the Treaty, without taking account of the reasons on which that measure was based, the Court held that by failing to review the reasons put forward by the Member State concerned, in order to justify the measures of commercial policy which it wished to introduce, the Commission was in breach of its duty under Article 115 to examine whether the measures had been taken in accordance with the Treaty and whether the protective measures sought are necessary within the meaning of that same provision. The Court went on, in fact, to annul the decision. Hence, in the eyes of the Court, the Commission is required to take an active role, indeed an inquisitorial one, in deciding whether or not to grant authorization for measures under Article 115. Furthermore, according to the Court, the Commission should also take account of the size and significance of the threatened imports, at least when considering whether the authorization not to grant Community treatment should apply to import transactions which have already commenced.

However some eight years later, in Case 1/84R *Ilford v. Commission*³⁴⁰ an example may be found of the Court suspending the operation of a Commission decision authorizing Italy not to grant Community treatment to certain Japanese colour film in free circulation in other Member States, on the grounds that it was not at all clear that there was an Italian measure of commercial policy to protect, and that even if there was, it was doubtful if it was compatible with the procedures laid down under Regulation 288/82³⁴¹ on common rules for imports. It would appear therefore that the practice has not always correspond to the theory.

Whatever its imperfections, Article 115 appeared to be drafted so as to enable only commercial policy measures taken by Member States to be protected, so that one might expect it to become redundant as more measures

339 [1976] ECR 431.

340 [1984] ECR 423.

341 OJ 1982 L 35/1.

of commercial policy were laid down by Community law itself – which makes it the more surprising that the amendments to the Treaty agreed in Maastricht in 1991 introduce a paragraph apparently enabling Member States to take unilateral protective measures in the event of urgency, albeit still subject to Commission authorization. However, the practice of the Commission has been to allow Article 115 to be used also to protect quotas allocated to Member States under Community law, and this practice has been upheld by the European Court in Case 59/84 *Tezi Textiel v. Commission*³⁴² and Case 242/84 *Tezi Textiel v. Minister for Economic Affairs*.³⁴³

The dispute here arose from an attempt by Tezi Textiel to import into the Netherlands men's and boys' cotton trousers originating in Macao and in free circulation in Italy. This transaction was blocked by a Commission Decision under Article 115 authorizing the Benelux countries not to apply Community treatment to men's and boys' woven breeches (sic), shorts and trousers (including slacks) or to women's, girls' and infants' woven trousers and slacks originating in Macao and in free circulation in the other Member States. A Community quota for the relevant products originating in Macao was in fact set by Regulation 3589/82,³⁴⁴ the general Regulation then governing imports of textiles, and was subdivided between the Member States, with the Benelux countries being treated as a single unit. Hence, the Commission's decision had the effect of protecting a quota allocated under Community law.

The approach of the Court was to see whether Regulation 3589/82 created a 'genuine' common commercial policy, i.e. whether the system established by the Regulation led to the creation of uniform conditions of importation for textile products, irrespective of the State in which they were released into free circulation, on the basis that it was only if there was such a genuine common policy that the Commission would cease to have power to issue decisions under Article 115. The Court explained that the justification for the use of Article 115, as provided in *Donckerwolcke*,³⁴⁵ was that there continues to be differences in commercial policy among the Member States, and thus the basis for reliance in Article 115 would not cease to exist until there was genuine uniformity across the Community.

With regard to the degree of uniformity achieved by Regulation 3589/82, the Court noted that whilst it was a 'step towards' the establishment of a common policy based on uniform principles, its own recitals stated that in the extent of the disparities existing between the Member States and the

342 [1986] ECR 1921.

343 [1986] ECR 933.

344 OJ 1982 L 374/106.

345 Case 41/76, *Donckerwolcke* [1976] ECR 1921, *supra* note 333.

sensitive position of the Community textiles industry, conditions of importation could be standardized only gradually. The Court therefore concluded that in reality Regulation 3589/82 merely maintained, albeit to a limited extent, existing disparities, so that the Commission retained its power to grant a Member State authorization under Article 115 to adopt protective measures. It may be wondered how far this approach may be reconciled with the Court's more recent view, which will be considered later in this Chapter, expressed in Case 51/87 *Commission v. Council*³⁴⁶ that tariff quotas, as opposed to protective quotas, should not in principle be subdivided between Member States.

Having held that the Commission could continue to exercise its powers under Article 115, the Court then turned to the question of how the Commission should exercise those powers: here, some of what the Court said appears to represent something of a withdrawal from what was laid down in the *Kaufhof* case.³⁴⁷ *Tezi Textiel* had argued that the scope of the Decision was too wide, but the Court observed that an Article 115 decision may cover a large number of products falling within the same tariff category, provided that the applicant Member State can show that there is a need for protective measures of such a scope, 'although it is not essential for evidence to be provided for each product', adding that it is not the case that the protective measures under Article 115 can never cover products for which no import licences have been requested; in the context, this appears to mean that account can be taken of general trends. However, the Court also stated that, in the context of Regulation 3589/82 (and therefore, presumably of other commercial policy legislation drafted in a similar way), the Commission may only authorize protective measures under Article 115 for serious reasons, and for a limited period, provided those measures were chosen which would cause the least disruption of intra-Community trade.

C. Quotas and Free Circulation

A more general problem of quotas was touched upon in the *Tezi Textiel* cases, and had been considered by the Court in a number of cases in the 1980s: does the fact that goods are imported into the Community under a quota allocated to a particular Member States affect the free circulation of those goods? The matter appears first to have come before the Court in Case 218/82 *Commission v. Council*,³⁴⁸ which involved the importation of rum into the Community under Protocol No. 5 to the Second Lome Convention. This effectively enabled limits to be placed on the duty-free import

346 [1988] ECR 5459.

347 Case 29/75, *Kaufhof v. Commission* [1976] ECR 431, *supra* note 339.

348 [1983] ECR 4063.

of rum from ACP States to the Community within the parameters of traditional trade flows. The tariff quota for rum for the period 1982-3 was fixed by Council Regulation 1699/82³⁴⁹ at 193,178 hectolitres of pure alcohol, of which approximately two-thirds was allocated to the United Kingdom and one-third to the other Member States. Article 4(2) of that Regulation provided that 'the United Kingdom shall take the steps necessary to ensure that the quantities imported from the ACP States (free of duty) are restricted to those meeting its domestic consumption requirements'. The Commission took the view that this was intended to prevent exports from the United Kingdom to other Member States of rum falling within the quota, breaching Articles 30 and 34 of the EEC Treaty, and thus sought its annulment. The Court in its judgment expressly asserted that if this provision were to be construed as containing such a prohibition it would be contrary to the Treaty provisions on the free movement of goods, since the division of a global tariff quota into national quotas was compatible with the Treaty only insofar as it did not hinder the free movement of the goods forming part of the quota after they had been admitted into free circulation, a view which was expressly repeated in *Tezi Textiel*.³⁵⁰ However, on the basis that where more than one interpretation was possible, preference should be given to the interpretation which enables the provision to be treated as being compatible with the Treaty, the Court accepted the Council's argument that the sole purpose of Article 4 of the Regulation was to impose an obligation on the United Kingdom not to import more rum than could reasonably be regarded as corresponding to its domestic consumption requirements, and not to prohibit the marketing in other Member States of rum forming part of the United Kingdom's quota. Nevertheless, the principle underlying the judgment appears to be that the Council has no power to legislate so as to restrict the free circulation of goods lawfully imported from non-Member States.

The matter came before the European Court again in Case 288/83 *Commission v. Ireland*³⁵¹ involving the importation of Cyprus potatoes into the United Kingdom under a Community tariff quota allocated to the United Kingdom. It would appear that some of these potatoes found their way into Ireland with the result that in 1981 Ireland adopted a Potatoes (Regulation of Import) Order which prohibited the importation into Ireland of potatoes produced in non-Member States unless a licence was granted. Following a complaint by a trader, the Commission commenced enforcement proceedings, although its reasoned opinion under Article 169 of the EEC Treaty distinguished between direct imports and potatoes which were in free circulation in other Member States; it was only the prohibition of

349 OJ 1982 L 189/1.

350 Case 59/84, at para. 28.

351 [1985] ECR 1761.

imports of potatoes in free circulation which the Commission stated to be incompatible with the Treaty rules. It is hardly surprising that the Court expressly reserved its opinion on the question of the prohibition of direct imports, noting that the Commission had not stated its reasons for taking that position and that the point had not been argued between the parties. It will, however, be recalled that in *Donckerwolcke*³⁵² the Court had held that measures of commercial policy of a national character are only permissible after the end of the transitional period by virtue of specific authorization of the Community; a position which has been reaffirmed with regard to restrictions on direct exports in Case 174/84 *Bulk Oil v. Sun International*.³⁵³

With regard to the restrictions on imports of potatoes in free circulation, the Court cited the line of cases beginning with Case 48/74 *Charmasson*³⁵⁴ as authority for the general proposition that agricultural products for which a common organization of the market has not been established (which is still the case with potatoes) are subject to the general rules of the Common Market with regard to importation, exportation and movement within the Community; it also cited *Donckerwolcke* as authority for the proposition that the measures intended to free intra-Community trade are applicable without distinction to products originating in the Member States and to those coming from non-Member States which have been put into free circulation in the Community. Applying these principles to goods imported into the Community under a quota allocated to a particular Member State, the Court held that once goods forming part of such a quota have been duly imported into the Member State of designation, they are assimilated to the products which are in free circulation in that State and it must therefore be possible for them to be imported without hindrance into the other Member States. This, however, was said to be subject to an exception 'where an express provision to the contrary has been adopted by a competent institution of the Community', a phrase the meaning of which will be considered further.

The Irish government further argued that the Commission had given informal oral approval to its Potatoes order, and had acquiesced to it by not taking any action against it for more than a year after its introduction. The Court, however, stated that even if this was the case, the Commission could not by its express or implied approval of a measure adopted unilaterally by a Member State confer on that State the right to maintain provisions which are objectively contrary to Community law. This accords with the view expressed as to the powers of the Council in *Commission v. Council* with regard to the rum quota,³⁵⁵ and in the internal market can be

352 Case 41/76, [1976] ECR 1921.

353 [1986] ECR 559; [1986] 2 All ER 744.

354 [1974] ECR 1383.

355 *Supra* note 346.

traced back to the judgment in Joined Cases 80 and 81/77 *Ramel*,³⁵⁶ where a provision in Council Regulation 816/70³⁵⁷ laying down additional provisions for the common organization of the market in wine was held to be invalid insofar as it permitted Member States to levy charges equivalent to customs duties in trade with other Member States, on the ground that the Council was not empowered to authorize breaches of the general Treaty rule prohibiting such charges – an interesting contrast with the position under the ECSC Treaty revealed in *Mabanaft*.³⁵⁸

The converse aspect of quotas – whether the Member State to which a quota is allocated may require goods imported under its quota to remain in its territory – was raised in Case 199/84 *Migliorini and Fischl*.³⁵⁹ In its judgment in this case, the Court expressly cited the decision in *Ramel*, when it repeated that the elimination of hindrances to trade between Member States constitutes a fundamental principle of the common market, and that any exception to this principle must be clearly laid down and strictly interpreted. The case involved a Community tariff quota for frozen beef, of which a specific quantity was allocated to Italy. It would appear that the defendants had exported some of this beef from Italy to Germany, which led to their prosecution for having used the meat for purposes other than those for which its importation was authorized. The question referred to the European Court by the Italian court asked simply whether the allocation of a quota to a particular Member State meant that it was to be consumed and marketed only in that State without any possibility of re-exporting it to another Member State.

In answering this question, the Court emphasized that the quota, even when allocated between Member States, was a Community quota, and its division between Member States was intended simply to facilitate the fair distribution of the quota between traders in different Member States, thus presumably constituting a 'genuine' common policy measure in terms of the *Tezi Textiel* judgments.³⁶⁰ It further held that the fact that the meat subject to the quota could only be imported under an import licence valid solely in the Member State which issued it could not affect subsequent trade between Member States, yet again repeating its statement in the rum case³⁶¹ that the division of a global tariff quota into national quotas was compatible with the Treaty only insofar as it did not hinder the free movement of the goods forming part of the quota after they had been admitted into free circulation. The Court therefore concluded that the Regulation opening and and

356 [1978] ECR 927; noted 3 *ELR* (1978) 305.

357 JOCE 1970 L 99/1.

358 [1984] ECR 2497. See Chapter I.

359 [1985] ECR 3317.

360 *Supra* note 67.

361 Case 218/82, *Commission v. Council* [1983] ECR 4063.

allocating the quota could not be interpreted as authorizing Member States to take measures intended to prevent, restrict or affect the re-export of goods properly imported within the framework of the quota and hence in free circulation within a Member State.

Returning, however, to the Irish case,³⁶² it has been observed that the Court did there recognize that the import into a Member State of goods in free circulation in another Member State may be subject to restrictions where an express provision to that effect has been adopted by a competent institution of the Community, making express reference to Article 115 of that Treaty. Taking the judgment in *Donckerwolcke* with the judgments in the *Tezi Textiel* cases, it is clear that in order to be able to request a Commission Decision under Article 115 to protect an import quota, either the Member State must have Community authorization for its national quota or must have been allocated the quota under a Community instrument perpetuating divergent treatment of the Member States. Assuming that goods are imported into the Community under quotas allocated under such an instrument of EEC 'common' commercial policy, it may be suggested that the current situation with regard to the free circulation of those goods is that the Member States to which the quota is allocated may not prevent or be authorized to prevent the export of the goods to a second Member State, and that the second Member State may not prohibit the import of the goods from the first Member State simply because they were imported into the Community under the quota, but that if the second Member State itself benefits from a quota allocated under such an instrument it may still request authorization under Article 115 to protect its own quota. What does not appear to have been resolved is the question whether, if goods are imported into a Member State under a quota, and then re-exported to another Member State where they are also subject to a quota but where the Commission has not authorized protective measures, those goods count against the quota allocated to the first Member State or against that allocated to the second, or both.

The Court has now made a more direct attack on the subdivision of EEC tariff quotas into national quotas, holding in Case 51/87 *Commission v. Council*³⁶³ that it was unlawful to allocate EEC quotas among Member States unless there were compelling circumstances of an administrative, technical or economic character which made it impossible to do otherwise. Subsequent legislation on generalized tariff preferences has made express reference to this case law.³⁶⁴ It remains to be seen whether the same view will be taken with regard to protective quotas, and it may be submitted that if a protective quota is created under Community legislation implementing

362 Case 288/83, *Commission v. Ireland* [1985] ECR 1761.

363 [1988] ECR 5459.

364 E.g. Council Regulation 4257/88 (OJ 1988 L 375/1).

a genuinely common commercial policy, in terms of the *Tezi Textiel* case-law, then in principle it should not be divided between the Member States as separate national quotas. At the least it would appear to be necessary to distinguish between tariff quotas allowing privileged access to Community markets (which in principle should not be subdivided into national quotas) from protective quotas.

This case-law development makes it all the more ironic that among the amendments to the Treaty agreed at Maastricht in 1991 should be the addition to Article 115 of a paragraph beginning with the words 'in the event of urgency, Member States shall request authorization to take the necessary measures themselves from the Commission...', which would appear to be a move towards permitting unilateral restrictions on the movement of third country goods. However, given the need for Commission authorization, it may be wondered whether the practical result will be very different from that under the first paragraph of Article 115, which in fact states that the Commission 'may authorize Member States to take the necessary protective measures'. Be that as it may, it is submitted that under a truly common commercial policy there should be no scope for national protective measures, however authorized.

VII. The Development of Community Competence

A. Introduction: Articles 100 and 235

The express extensions of Community competence by the Single European Act and the Treaty on Political Union, which to a large extent reflect a formal recognition of developments which had already been made, prompt consideration of the methods by which Community competence has developed without formal Treaty amendment, and in particular of Articles 100 and 235 of the EEC Treaty.

Possibly because of this use of Articles 100 and 235 as the legal instruments for the development of new Community policies, they tend to be treated as twins, if not as 'terrible' twins. However, whilst they do have certain common elements, there are also considerable differences between them, even if the relationship of common factors and differences has changed in the light of the enactment of Article 100A of the Single European Act, and each of them does have and has had a life of its own.

Article 100 as originally drafted provides that the Council shall, acting unanimously on a proposal from the Commission, issue directives for the approximation of such provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States as directly affect the establishment or functioning of the Common Market.

Article 235, on the other hand, provides that if action by the Community should prove necessary to attain, in the course of the operation of the Common Market, one of the objectives of the Community (and this Treaty has not provided the necessary powers), the Council shall, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the Parliament, take the appropriate measures. Minor linguistic changes agreed at Maastricht in 1991 do not appear to have affected the substance of this provision.

At first sight, what they have in common is that both require the Council to act unanimously. However, insofar as Article 100 may be superseded by Article 100A with regard to legislation having as its object the establishment and functioning of the internal market, that is no longer the case, because Article 100A provides for qualified majority voting in the Council. On the other hand, Article 100, which is concerned with approximation, only provides for the enactment of Directives, a type of Community act which by definition requires national implementation, whereas Article 235 contains no such limitation. Under Article 235, the Council may simply take what are called 'the appropriate measures'. Here again, however, the situation has changed in the light of Article 100A, since Article 100A allows the adoption of what are termed 'measures' without directly restricting those measures to any particular type of act, even if there is a declaration annexed to the Single European Act to the effect that the Commission will give preference to Directives in such proposals as it makes.

The fundamental distinction, however, appears to be that whereas Article 100 relates to the approximation of provisions which directly affect the establishment or functioning of the Common Market, and therefore provides a general provision which parallels more specific provisions allowing for the approximation, coordination or harmonization of legislation within particular areas of the law, Article 235 is drafted as an exceptional measure which may only be used when the Treaty has not provided the necessary powers. Hence, whilst Article 100 may well overlap with a more specific power, Article 235 by definition can only be used where there is no specific power.

This last point appears clearly from the judgment of the Court in the dispute between the Commission and the Council over the adoption of general tariff preferences.³⁶⁵ There the Council had adopted its legislation in fact without specific reference to a Treaty provision, but, before the Court, claimed that it was based on Article 235 and Article 113. However, the Court took the view that insofar as these arrangements fell within the scope of the common commercial policy under Article 113, it was not permissible

³⁶⁵ Case 45/86, *Commission v. Council (General System of Preferences)* [1987] ECR 1493.

to use Article 235, because the Treaty had provided the necessary instruments. One may therefore suppose that a joint reference to Articles 100 and 235 in the recitals to a directive involves the use of Article 235 only insofar as the matter cannot fall within the scope of Article 100. Indeed, while it may materially be possible to combine Article 100 with other provisions as a Treaty base for legislative action, it is now clear that a provision requiring unanimity in the Council of Ministers cannot be combined with one requiring the cooperation procedure with the European Parliament to be used, since it would render meaningless the distinction in that procedure between those situations where the Council may act by qualified majority and those where it must act unanimously.³⁶⁶

B. The Practical Scope of Article 100

Whilst the use of Article 100 to harmonize legislation relating to motor-vehicle construction or food additives gave rise to little legal debate, even if it might be politically contentious, the use of Article 100 in the areas of, in particular, environmental legislation and consumer protection gave rise to greater legal debate. In particular the argument was raised that such matters do not directly affect the functioning of the Common Market, a view strongly put forward by Grabitz and Sasse in 1977,³⁶⁷ and reflected in a report of the United Kingdom House of Lords Select Committee on the European Communities.³⁶⁸ However, a strong defence of the use of Article 100 was put forward by George Close in 1978³⁶⁹ on the basis that, even in purely economic terms, it could be shown that environmental legislation in fact affect production and marketing costs, as does consumer legislation. Article 100 has been used on its own in particular in the development of the Community's consumer protection policy. It is therefore of some interest to see on the grounds on which such legislation has been justified in the light of the need to show that the provisions in question directly affect the establishment or functioning of the Common Market. In the 1984 Directive on misleading advertising,³⁷⁰ it was stated that the laws against misleading advertising then in force in the Member States differed widely; and since advertising reached beyond the frontiers of individual Member States, it had a direct effect on the establishment and functioning of the Common

366 Case C-300/89, *Commission v. Council (Titanium Dioxide)* (11 June 1991, not yet reported).

367 Grabitz and Sasse, 'Beiträge zur Umweltgestaltung' (1977).

368 Session 1977/8, 22nd Report.

369 Close, 'Harmonization of Laws; Use or Abuse of Powers Under the EEC Treaty?', 3 *ELR* (1978) 461.

370 Council Directive 84/450 (OJ 1984 L 250/17).

Market, and it was further stated that misleading advertising could lead to distortion of competition within the Common Market.

In what is perhaps the most legally significant measure of consumer protection, since it affects the private law of all the Member States, Council Directive 85/374 on liability for defective products,³⁷¹ it is stated that approximation of the laws of the Member States concerning the liability of the producer for damage caused by the defectiveness of his products is necessary because the existing divergencies may distort competition, affect the movement of goods within the Common Market and entail a differing degree of protection of the consumer against damage caused by defective products to his health or property. Finally, in Council Directive 87/102 on consumer credit,³⁷² it is stated that the wide differences existing in the laws of the Member States in the field of consumer credit can lead to distortions of competition between granters of credit in the Common Market and can limit the opportunities the consumer has to obtain credit in other Member States; also affecting the volume and nature of the credit sought and the purchase of goods and services. The recitals therefore conclude that these differences have an influence on the free movement of goods and services obtainable by consumers on credit, and thus directly affect the functioning of the Common Market. Hence particular emphasis was and is given to the prevention of distortions of competition, which in fact enabled a very wide use of Article 100, since it could be argued that any difference between national regulatory frameworks may distort competition in the Community – dare one suggest, even in the social policy field! Indeed, although the present author does not share their views, no doubt economists of the Chicago School would argue that any regulation distorts competition.

With regard to the protection of the environment, Article 100 was normally invoked in Directives which tackled environmental problems by imposing the same obligations on all potential polluters, thus preventing the creation of unequal conditions of competition. However, insofar as environmental legislation takes account of the natural advantages enjoyed in certain Member States, and requires that uniform standards of protection of the environment should be achieved, rather than uniform standards of emission, it may be suggested that, before the entry into force of the Single European Act, only Article 235 could justify such legislation, since it may well have the result of imposing different requirements on different producers depending on their location.³⁷³ Whether Article 235 could be used in this context depended, of course, on the interpretation given to the objec-

371 OJ 1985 L 210/29.

372 OJ 1987 L 42/48.

373 See Usher, 'The Scope of Community Competence – its Recognition and Enforcement', 24 *J. Common Mkt. Stud.* (1985) 121.

tives of the Community which are supposed to be pursued by legislation enacted under Article 235.³⁷⁴

C. The Practical Scope of Article 235

Article 235 was obviously intended as an exceptional measure. However, it is tempting to suggest that the exception may have become the rule: a search of the Celex Legal Data base will reveal more than 800 legislative acts either made under Article 235 or referring in part to Article 235 as an enabling provision. The oldest extant legislative act based on Article 235 appears to be a 1966 Council Decision on Community aid for Italy towards the granting of assistance to sulphur mine workers affected by dismissal and relating also to a number of scholarships for their children.³⁷⁵ However, the first really important use of Article 235 related to one of the fundamental aspects of the Community; that is the creation of the customs union. As is well known, the Common Customs Tariff rests on three major items of legislation setting out the Community rules on nomenclature, the Community rules on valuation, and the Community rules on origin of goods for customs purposes. Unfortunately, the Treaty only expressly provided for the rules on nomenclature and for the tariff which goes with those rules,³⁷⁶ and there was no express provision for the enactment of Community rules on valuation or the origin of goods. Hence, Regulations 802/68³⁷⁷ and 803/68³⁷⁸ respectively on the concept of the origin of goods and on the valuation of goods for customs purposes were enacted under Article 235 on the basis that the Treaty had not otherwise provided the necessary powers.³⁷⁹

The original valuation Regulation was, however, in fact derived from the 1950 Customs Cooperation Council Valuation Convention and this gave rise to a dispute as to the legitimacy of using Article 235 referred to the European Court in the *Massey-Ferguson*³⁸⁰ case. The argument was put before the Court that since all the Member States were already parties to the 1950 Convention, there could be no need for action by the Community un-

374 For a more detailed discussion of the scope of Article 235 see Tizzano, 'The powers of the Community' in *Thirty Years of Community Law*, Commission of the EC (1983) 43.

375 JOCE (1966) 4168.

376 Originally enacted in Council Regulation 950/68 on the Common Customs Tariff (JOCE 1968 L 172/1).

377 JOCE 1968 L 148/1.

378 JOCE 1968 L 148/6.

379 It may be submitted that a broader view would now be taken of the scope of the express Treaty provisions, see Case 45/86, *Commission v. Council (General System of Preferences)* [1987] ECR 1493.

380 Case 8/73, *HZA Bremerhaven v. Massey-Ferguson* [1973] ECR 897.

der Article 235, since all the Member States would, by definition, already be applying the same rules. However, the Court found that, as was stated in the recitals to the Regulation, the definition of value and the interpretative notes set out in the 1950 Convention had been embodied into the legislation of the Member States in different ways, and also certain optional provisions of the interpretative notes were being applied differently in different Member States. It was therefore held by the Court that the fact that all the Member States had signed the Customs Cooperation Council Valuation Convention would not lead to the necessary extent to the uniform determination of the value for customs purposes of imported goods required for the functioning of customs union. The Court therefore concluded that the use of legislation enacted under Article 235 was here justified.

Since then, the use of Article 235 can only be said to have gone from strength to strength. Mention may be made, in the light of later express Treaty changes, to its use in the creation of the European Regional Development Fund³⁸¹ and in the creation of the European Monetary System.³⁸² However, to a private lawyer, perhaps the most interesting development under Article 235 has been the creation of a new legal entity under Community law, the European Economic Interest Grouping. In the recitals to Council Regulation 2137/85,³⁸³ it is stated that a harmonious development of economic activities and a continuous and balanced expansion throughout the Community depend on the establishment and smooth functioning of a Common Market offering conditions analogous to those of a national market; to bring about this single market and to increase its unity, a legal framework which facilitates the adoption of their activities to the economic conditions of the Community should be created for natural persons, companies, firms and other legal bodies in particular; to that end it is necessary that those natural persons, companies, firms and other legal bodies should be able to cooperate effectively across the frontiers. The recitals continue to the effect that cooperation of this nature can encounter legal, fiscal or psychological difficulties, but that the creation of an appropriate Community legal instrument in the form of a European Economic Interest Grouping would contribute to the achievement of the above-mentioned objectives and therefore 'proves necessary'.

381 Council Regulation 724/75 (OJ 1975 L 73/1).

382 While the rules of the system were defined in a Resolution of the European Council (see Chapter II), the European Currency Unit was defined in Council Regulation 3181/78 (OJ 1978 L 379/2) enacted under Article 235.

383 OJ 1985 L 199/1.

D. Article 235 and the Quality of Life

It is, however, the use of Article 235 in relation to environmental legislation which has given rise to the greatest debates about the legitimacy of its use, and in particular as to the legal nature of the objectives of the Community which Article 235 is supposed to attain. Some fifteen years ago, the House of Lords Select Committee³⁸⁴ suggested that Article 235 could extend only to the economic and financial purposes provided for by Article 2 of the Treaty. On the other hand, just as he defended the use of Article 100, George Close³⁸⁵ also defended the use of Article 235 on the same grounds, i.e. that even in purely economic terms it can be shown that environmental and consumer legislation does in fact affect production and marketing costs. However, those responsible for drafting Community environmental legislation appear to have found their own route for resolving this dilemma. By about 1980, as exemplified in Council Directive 80/68 on the protection of ground water against pollution by certain dangerous substances,³⁸⁶ the recitals justify making use of Article 235 on the grounds of the necessity for Community action in the sphere of environmental protection and improvement of the 'quality of life', a phrase which is found neither in the recitals to the Treaty nor in its general introductory provisions. The recitals to the EEC Treaty in fact contain a reference to 'the improvement of living and working conditions' and Article 2 and Article 3(1) of the Treaty refer to the 'raising of the standard of living'. In their context, it might be suggested that these terms referred to improvements in the material standard of living. Nevertheless, over the years, the phrase the 'raising of the standard of living' was linked to improving the quality of life and by the time this Directive was adopted it could be stated that legislation was justified in terms of Article 235 on the basis that it improved the quality of life, as if that were a Treaty objective. However, in fairness to the Community draftsmen, it must be recognized that in the famous *Defrenne* case on equal pay,³⁸⁷ the Court did make a general statement to the effect that the provision formed part of the social objectives of the Community, which was not merely an economic union, but was at the same time intended, by common action, to ensure social progress and seek the constant improvement of the living and working conditions of its peoples, as was emphasized by the Preamble to the Treaty. Perhaps the improvement of living conditions are not really so far from the improvement of the quality of life? In any event, when the European Court found itself faced with enforcement proceedings relating to the ground water pollution Directive in

384 Session 1977/8, 22nd Report.

385 *Supra* note 7.

386 OJ 1980 L 20/43.

387 Case 43/75, *Defrenne v. Sabena II* [1976] ECR 455.

Case 1/86 *Commission v. Belgium*,³⁸⁸ no point was taken with regard to the Community's competence to enact the legislation, and in Case 240/83 *Procureur de la Republique v. Adbhu*,³⁸⁹ with regard to a Directive on the disposal of waste oils,³⁹⁰ the Court stated categorically that environmental protection was 'one of the Community's essential objectives'.

E. Equal Treatment

Another major policy area which was not included in the express competence of the Community relates to equal treatment of men and woman. The only Treaty provision, Article 119, relates to equal pay rather than to equal treatment. Hence, the legislation on equal treatment has in fact been based on Article 100 or Article 235, or both. The earliest Directive 75/117³⁹¹ on the application of equal pay for men and women however itself claims to be made under Article 100. More recently Directive 86/378³⁹² on equal treatment for men and women in occupational social security schemes, and Directive 86/613³⁹³ on the equal treatment of self-employed men and women, both claim to be made under Article 100 and under Article 235. On the other hand, Directive 76/207³⁹⁴ on the principle of equal treatment as regards access to employment, vocational training and promotion and working conditions, and Directive 79/7³⁹⁵ on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security, both claim to be made solely under Article 235. It may be suggested that to attempt to explain the use either of Article 100 or of Article 235 alone in these cases would be somewhat akin to the medieval theological argument as to how many angels could dance on the head of a pin. Be that as it may, it would appear that Article 100 and Article 235 will continue to be used in the vitally important area of equal treatment of men and women, to the extent that there will be such legislation for the whole Community: a proposed amendment of Article 118 to give the Community power to support and complement Member States' activities in fields including 'equality between men and women with regard to labour market opportunities and treatment at work' became part of the Agreement between the Member States, with the exception of the United Kingdom, annexed to the Treaty on Political Union.

388 Commencement of proceedings noted OJ 1986 C 104/6.

389 (1985) ECR 531.

390 Council Directive 75/439 (OJ 1975 L 194/23).

391 OJ 1975 L 45/19.

392 OJ 1986 L 225/40.

393 OJ 1986 L 359/56.

394 OJ 1976 L 39/40.

395 OJ 1979 L 6/24.

F. Environmental Legislation After the Single European Act

The question whether environmental legislation can in fact be enacted under other provisions than those now contained in Articles 130R-130T has not lost its relevance. Although Article 130R has an express power to enact environmental legislation as such, Article 130S in the version introduced by the Single European Act required such legislation to be adopted unanimously in the Council. Hence there is an inducement to see whether environmental legislation may also be enacted under other provisions which now only require a qualified majority in the Council. Be that as it may, clearly pure environmental legislation will be enacted under Article 130S, and for example, a proposed Directive on the protection of the habitats of wild flora and fauna was put forward on that basis.³⁹⁶ Legislation has also been adopted under Article 130S which could be regarded as having some degree of market effect, even if its fundamental purpose is to protect the environment, such as Council Regulation 3322/88 on chlorofluoro-carbons and halons which deplete the ozone layer,³⁹⁷ and Council Directive 88/609 on emissions from large combustion plants.³⁹⁸

However, other environmental legislation which affects conditions of the market has in fact been enacted under Article 100A of the Treaty, introduced by Article 18 of the Single European Act. Article 100A allows legislation to be adopted by qualified majority in cooperation (as originally drafted) with the European Parliament for the purpose of achieving the internal market by the end of 1992. Among the legislation adopted under this procedure so far may be found Directives 88/76³⁹⁹ and 88/436⁴⁰⁰ on air pollution by gaseous emissions from motor vehicles. Whilst presumably the fundamental purpose of this legislation is to protect the environment against harmful emissions from car exhausts, nevertheless in practical terms different national rules on car emissions clearly would affect the possibility of being unable to sell a car manufactured in one Member State in another. Hence, such legislation also has important internal market effects, and clearly here the view was taken that it was appropriate to adopt it under the internal market provisions. Furthermore, in so far as the same legislation might reasonably be regarded as falling under both Article 100A as internal market legislation and under Article 130S as environmental legislation, it would appear that democratic fundamentals require preference to

396 OJ 1988 C 247/3.

397 OJ 1988 L 297/1.

398 OJ 1988 L 336/1.

399 OJ 1988 L 36/1.

400 OJ 1988 L 214/1.

be given to Article 100A, which involves an enhanced role for the European Parliament.⁴⁰¹

There would appear also to be other possibilities. The Commission put forward a proposal for a regulation to protect forests in the European Community from atmospheric pollution⁴⁰² under Article 43 EEC; Article 43 is the enabling provision with regard to agricultural legislation, and requires only a qualified majority in the Council, without the necessity of cooperation with the European Parliament. However, the resultant Regulation⁴⁰³ was adopted on the joint legal base of Articles 43 and 130S.

A particular problem arises with regard to the Community's external competence in environmental matters. It is now trite law that if the Community has competence to negotiate an international agreement on a particular matter, a Member State cannot have a separate competence on that same matter.⁴⁰⁴ However, Article 130R(5) (to use the numerotation resulting from the Single European Act) states that within their respective spheres of competence, the Community and the Member States shall cooperate with third countries and with the relevant international organizations, but then adds that this provision shall be without prejudice to Member States' competence to negotiate in international bodies and to conclude international agreements.

At first sight this might seem to be a contradiction in terms, but some light is cast upon it by the declaration appended at the end of the Single European Act, which, whatever its legal status may be, states that the conference considers that the provisions of Article 130R(5)(2) do not affect the principles resulting from the judgment handed down by the European Court in the *ERTA* case.⁴⁰⁵ In this case it was held by the European Court that where the Community has exercised an express internal power, the corresponding external powers, that is the power to negotiate an international agreement relating to external aspects of the same matter, fell within Community competence.

It may therefore be suggested that the aim of Article 130R(5), even though it is not evident from the words used in that provision, is to accept that where the Community has enacted environmental legislation for its internal purposes, it is the Community that has power to negotiate corresponding external agreements. However, the aim would also appear to be to attempt to override the case law of the European Court which goes beyond this principle. The European Court has in fact held that the internal compe-

401 Case C-300/89, *Commission v. Council (Titanium Dioxide)* (11 June 1991, not yet reported). See Chapter II.

402 OJ 1988 C 312/12.

403 Council Regulation 1613/89 (OJ 1989 L 165/8).

404 See, e.g., *Opinion 1/75* [1975] ECR 1355.

405 Case 22/70 *Commission v. Council* [1971] ECR 263.

tence may be exercised at the same time as the external competence⁴⁰⁶ so that the Community acquired the power to negotiate an international agreement before it had in fact exercised its internal powers, and this theory had in fact been taken further in the fisheries sector in the judgment in the *Kramer* cases.⁴⁰⁷ In those cases the European Court had actually held that a power to negotiate external arrangements could be derived from an internal power even where that internal power had not yet been exercised, and furthermore suggested that when the deadline for exercising the internal power had expired, the Community's competence in the matter became exclusive even though no Community legislation had been enacted. In that particular case, the Community should have negotiated a common fisheries policy by the end of 1978, by virtue of the 1972 Act of Accession. The European Court, in that and other cases, took the view that once the 1978 deadline had expired, only the Community had competence to enact new measures within the Community, and correspondingly this gave rise to an exclusive power in the Community to negotiate international fisheries agreements.

The implication of the second sub-paragraph of Article 130R(5) therefore appears to be that although that provision gives the Community competence to negotiate international agreements relating to the protection of the environment, if the Community has not in fact exercised its powers internally, then Member States may continue to enter into international arrangements in their own right. To that extent, therefore, Article 130R(5) may be regarded as a limitation of previous theories as to Community competence. It remains to be seen, however, whether its wording will turn out to be adequate to achieve what it has here been suggested is its purpose.

It is nevertheless interesting to note that the Council Decision 88/840 on the Vienna Convention and Montreal Protocol on the protection of the ozone layer,⁴⁰⁸ agreements which were obviously negotiated on the footing that they fell partly within Community competence and partly within the competence of the Member States, contains provisions which actually instruct the Member States as a matter of Community law to deposit their national instruments of ratification, acceptance, approval or accession, by 1 January 1989. At first sight, this would appear to be a Community instrument instructing Member States as to how to exercise their national competence.

406 See *Opinion 1/76* [1977] ECR 741.

407 Joined Cases 3,4 and 6/76, [1976] ECR 1279.

408 OJ 1988 L 297/8.

G. Research and Development

Whilst Community legislative interests in research and development can be dated back to the Resolution of the Council and of the representatives of the governments of the Member States of 31 October 1967 on problems of scientific and technological research in the Communities,⁴⁰⁹ and by the time the Single European Act was being negotiated acronyms such as COMETT, ESPRIT, RACE, and BRITE were familiar, for example, to university officials seeking desperately for Community funding, it was only with the entry into force of Article 24 of the Single European Act, introducing Articles 130F-130Q into the EEC Treaty, that the Community acquired express powers with regard to research and technological development.

The first paragraph of Article 130F indicates that the Community's aim shall be to strengthen the scientific and technological bases of European industry and to encourage it to become more competitive at international level, and the second paragraph of that Article states that in order to achieve this, the Community shall encourage undertakings, including small and medium-sized undertakings, research centres and universities, in their research and technological development activities. Those working in universities will be pleased to note that there is further express mention of such institutions in Article 130G(a), which states that the Community shall, *inter alia*, carry out activities including the implementation of research, technological development and demonstration programmes, by promoting cooperation with undertakings, research centres and universities.

Structurally, Article 130I envisages that the Community shall adopt a multi-annual framework programme setting out all its activities, and Article 130K provides for the implementation of this framework programme through specific programmes developed within each activity. By virtue of Article 130Q (in the version of the Treaty resulting from the Single European Act), the framework programme required unanimity in the Council for its adoption, but the specific programmes were to be adopted by qualified majority in accordance with the cooperation procedure with the European Parliament. The framework programme was in fact adopted with commendable rapidity in Council Decision 87/516,⁴¹⁰ and this was followed by specific legislation like Council Decision 88/28 on telecommunications technologies.⁴¹¹

Some of the legislation has not been in the areas that one might initially have expected, such as Council Decision 87/590 on science and technology for development,⁴¹² laudable as that objective may be, and some of

409 *Bulletin* (1967) No. 12, 5-6.

410 OJ 1987 L 302/1.

411 OJ 1988 L 16/35.

412 OJ 1987 L 355/41.

the other legislation appears to take a fairly broad view of what may be science or technology. Hence, one might make mention of Council Decision 88/417 on Community action in the field of learning technology,⁴¹³ or, Council Decision 89/118 on a European stimulation plan for *economic science*;⁴¹⁴ the latter being of particular interest, because it involves a meaning of the word 'science' which appears not to be in favour in government circles in the United Kingdom.

Furthermore, to delve into well-known acronyms, it may be observed that whilst a Decision with regard to the BRITE programme, the Community programme on basic technological research and the application of new technologies,⁴¹⁵ was adopted, as might have been expected, under Article 130Q(2) as a specific implementation of the framework programme, a Decision with regard to COMETT, the programme for cooperation between universities and industry regarding training in the field of technology,⁴¹⁶ was adopted not under the research and technological developments provisions of the Treaty, but under the old Article 128 which requires the Council to lay down general principles for implementing a common vocational training policy. Since Article 128 made no specific mention of the majority by which the Council was to act in this context, it may presumably, by virtue of Article 148(1), operate by a simple majority of its members in this area, if the legal base has been correctly determined.

On the other hand, there are examples of legislation adopted by unanimity under the general powers of Article 235, where one might wonder if such legislation could not more appropriately have been regarded as a specific implementation of research and development policy, or indeed as an aspect of internal market policy which could have been dealt with under Article 100A. For example, Council Decision 88/445 on the transition of Eurotran, the programme for the development of a system of machine translation, to the third phase, was adopted under Article 235,⁴¹⁷ and another decision adopted at virtually the same time, Decision 88/524 on a plan of action for setting up an information services market, was adopted under the same provision,⁴¹⁸ although one would have thought this had much to do with the achievement of the internal market, as well as involving technology. More puzzling, but not unique, is the fact that Council Directive 91/287⁴¹⁹ on the frequency band for digital European cordless telecommunications was enacted under Article 100A whilst Council Decision 91/288 on the co-

413 OJ 1988 L 206/20.

414 OJ 1989 L 44/43.

415 Council Decision 89/237, OJ 1989 L 98/18.

416 Council Decision 89/27, OJ 1989 L 13/28.

417 OJ 1988 L 222/1.

418 OJ 1988 L 288/39.

419 OJ 1991 L 144/45.

ordinated introduction of digital European cordless telecommunications was enacted under Article 235.

H. Economic and Social Cohesion

Economic and social cohesion is defined in Article 130A EEC, introduced by Article 23 of the Single European Act, as involving in particular the aim of reducing disparities between the various regions and the backwardness of the least favoured regions.

Articles 130B and 130D made it clear that these objectives were to be supported through the existing structural funds, the Agricultural Guidance and Guarantee Fund, Guidance Section, the European Social Fund, the European Regional Development Fund, as well as the European Investment Bank and the other existing financial instruments, and also made it plain that the various funds were to have their structure and operational rules amended so as to clarify and rationalize their tasks. Although most of these funds were derived directly from the EEC Treaty in its original version, The European Regional Development Fund was in fact created in 1975 by Council Regulation 724/75,⁴²⁰ which was adopted under the 'everything else' powers of Article 235.

It should not, however, be forgotten, particularly in the context of the Treaty provisions relating to monetary union, that the first mention of a regional development fund as such appears in the resolution of the Council and of the representatives of the governments of the Member States of 21 March 1972 on the application of a similar resolution of 22 March 1971 on the attainment by stages of economic and monetary union in the Community.⁴²¹ In other words, the idea of a regional development fund was originally thought of in the context of the Werner plan for economic and monetary union.

Rather like the structure of the research and development proposals, Article 130D envisaged a comprehensive rationalization of the operation of the funds adopted unanimously by the Council, which could then under Article 130E be followed by the implementing decisions taken by a qualified majority in cooperation with the European Parliament. The first stage of this process was in fact achieved by the enactment of Council Regulation 2052/88 defining the tasks of the various structural funds.⁴²²

420 OJ 1975 L 73/1.

421 OJ 1972 C 38/3.

422 OJ 1988 L 185/9.

I. The Internal Market

Article 8A introduced by Article 13 of the Single European Act, states that the Community shall adopt measures with the aim of progressively establishing the internal market over a period expiring on the date now engraved presumably on the heart of all businessmen, 31 December 1992. It further goes on to define the internal market as an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaty.

The internal market so defined is, with one exception, a mere part of the list of objectives of the Community set out in Article 3 of the original Treaty; which as well as the free movement of goods, persons, services and capital, also envisages a common customs tariff, a common commercial policy, a common agricultural policy, a common transport policy, the prevention of distortions of competition, the coordination of economic policies, approximation of laws to the extent required for the functioning of the common market, the creation of a European social fund, the establishment of the European Investment Bank, and association of overseas countries and territories. The exception, where Article 8A actually adds something to the original definitions, is the statement that the internal market shall comprise an area without internal frontiers.

Leaving aside the question of what the authors of the Single European Act may have thought they meant by this provision, any removal of internal controls in fact goes beyond the mere idea of an internal market and has external consequences, as was realized in the context of the introduction of the customs union in 1968. It may be suggested, for example, that it implies a common policy with regard to nationals of non-Member States, as indeed appears to have been realized by those Member States which are party to the Schengen arrangement for the removal of frontier controls, France, Germany and the Benelux countries.

Discussion of Article 8A leads on to the consideration of Article 100A, which derogates from the original Article 100 for the purposes of the achievement of the internal market as defined in Article 8A, by allowing the Council for this purpose to act by a qualified majority in cooperation with the European Parliament, rather than by unanimity as was required under the original Article 100, and by allowing the adoption of what was neutrally called measures, rather than directives alone which were envisaged in the original Article 100 – even if a declaration at the end of the Single European Act states that the Commission should give precedence to the instrument of the Directive.

The aim in this section is to see how Article 100A has been used in practice and, in particular, to see whether a broad view has been taken of the apparently narrow definition of the internal market contained in Article

8A. Indeed, what appears to have been the first legislation to be adopted under Article 100A, the fourth summer time Directive⁴²³ is not perhaps the most obvious internal market legislation, even though it may have some effect for those conducting transport services, or indeed, for those wishing to telephone their counterparts in other Member States.

To take a particular example, the Community legislation on consumer protection was largely developed under the old Article 100, on the basis that differences in national legislation with regard to the protection of consumers could lead to distortions of competition. This is the case for example even with the fundamentally important Council Directive 85/374,⁴²⁴ on liability for defective products, and with regard to Council Directive 87/102,⁴²⁵ on consumer credit. The prevention of distortion of competition is not mentioned amongst the attributes of the internal market as defined in Article 8A, yet consumer protection legislation has now been enacted under Article 100A. Council Directive 88/314 on consumer protection in the indication of the prices of non-food products and Council Directive 88/315 on consumer protection in the indication of the prices of foodstuffs⁴²⁶ were both made under Article 100A procedure. These Directives are in fact concerned with the indication of prices to the final consumer, which might be thought to involve the retail trade within a Member State rather than trade between Member States. However, the only justification given in the recitals is that the indication of the selling price and the unit price of the products makes it easier for consumers to compare prices at places of sale, so that it accordingly increases market transparency and ensures greater protection for consumers. It may be observed that while the Maastricht amendments introduce a Title on consumer protection into the Treaty, one of the methods of achieving that aim expressly mentioned is the use of Article 100A.

A link with the free movement of goods and services can perhaps be more easily seen in Directive 89/104,⁴²⁷ approximating the laws of the Member States with regard to trademarks – after all, the European Court's case law on the use of intellectual and industrial property rights has largely arisen in the context of the free movement of goods; a similar justification no doubt can be given for the Directive on the legal protection of computer programmes.⁴²⁸ In the context of the achievement of the internal market, there are particular problems of overlap with other Treaty provisions. It has already been mentioned in the context of the protection of the environment

423 Directive 88/14 OJ 1988 L 6/38.

424 OJ 1985 L 210/29.

425 OJ 1987 L 42/48.

426 OJ 1988 L 142/19 and L 142/23.

427 OJ 1989 L 40/1.

428 OJ 1991 L 122/42.

that Directives 88/76 and 88/436,⁴²⁹ on air pollution by gaseous emissions from motor vehicles were in fact adopted as internal market legislation under Article 100A rather than as environmental protection legislation. The rationale no doubt is that different legislation on car exhausts can, as has already been explained, affect whether a car manufactured in one State can be allowed in another.

There is again also the possibility of overlap with Article 43 allowing legislation to be enacted for the purposes of the common agricultural policy. It is clear from the judgments of the Court in the actions brought by the United Kingdom in relation to Council Legislation on battery hens and hormones in beef⁴³⁰ that legislation concerning the production and marketing of agricultural products falls within the objectives of the common agricultural policy and can therefore be enacted under Article 43. This procedure has thus been used, for example, in Council Directive 88/593⁴³¹ on fruit jams, jellies and marmalades and chestnut puree; by way of contrast, Council Directive 89/107⁴³² on food additives was in fact adopted under Article 100A rather than Article 43.

Article 100A does also allow for the use of measures other than directives, although this possibility has so far rarely been invoked. A few examples can be regarded as linked to the Customs union, which of course is already governed by directly applicable Community legislation. Hence, Regulation 4151/88⁴³³ on the provisions applicable to goods brought into the customs territory of the Community, replaces a 1968 Directive by a Regulation enacted under Article 100A. Another example of a Regulation adopted under this procedure is one which could really be regarded as fundamental to the idea of the internal market, Council Regulation 4283/88⁴³⁴ on the abolition of certain exit formalities at internal Community frontiers, and also on the introduction of common border posts.

It might finally be observed that in its short life, Article 100A has already been used to anticipate new competences expressly recognized in the Maastricht amendments: two of these relate to the encouragement of 'trans-European networks' and measures in the sphere of energy, yet Article 100A had already been used to enact Council Directive 90/547 on the transit of electricity through transmission grids⁴³⁵ and Council Directive 91/287 on the transit of natural gas through grids.⁴³⁶

429 OJ 1988 L 36/1 and L 214/1.

430 Case 131/86, *United Kingdom v. Council (Battery Hens)* [1988] ECR 905, and Case 68/86, *United Kingdom v. Council (Hormones)* [1988] ECR 855.

431 OJ 1988 L 318/44.

432 OJ 1988 L 40/27.

433 OJ 1988 L 367/1.

434 OJ 1988 L 382/2.

435 OJ 1990 L 313/30.

436 OJ 1991 L 147/37.

J. The Continued Use of Articles 100 and 235

There remained major policy areas which have been developed by a broad use of Articles 100 and 235 which were not expressly adopted as Community objectives by the Single European Act. One example is that of the equal treatment of men and women, as has already been mentioned. It has also been observed that consumer protection legislation was developed under Article 100, and that recent consumer protection legislation has in fact been adopted under Article 100A. This perhaps makes it all the more surprising that there was no express provision in the Single European Act about consumer protection. Indeed, at the end 1986, the Council adopted a Resolution setting out a policy of integration of consumer policy into other common policies of the Community,⁴³⁷ and internal market legislation affecting consumers was obviously envisaged by the draftsmen of Article 100A, because Article 100A(3) states that the Commission in its proposals concerning health, safety, environmental protection and consumer protection, will take as a base a high level of protection. Just as internal market legislation may have a major effect on environmental protection, as with car exhausts, so also internal market legislation may have a major effect on consumer protection, and may indeed have consumer protection as its ultimate objective. A clear example is Council Directive 88/378,⁴³⁸ on the approximation of the laws of the Member States concerning the safety of toys. This both sets out the standards which must be fulfilled in order for toys to be sold on the Community market, and has the intrinsic consequence of ensuring that Community consumers should have their safety taken into account if a toy is to be put on the Community market. However, the Maastricht amendments expressly incorporate the strengthening of consumer protection into the Treaty framework, albeit with specific reference to measures adopted under Article 100A.

What, then, is the future of Article 235? Obviously, it is no longer justified to use it where there is an express power created by the Single European Act or the Maastricht amendments, but in so far as these amendments extend the express objectives of the Community, they presumably also extend the potential scope of Article 235. Hence, Article 235 may be used to give a broader vision of a policy aspects of which are mentioned in the EEC Treaty. In the area of social policy, the illustration might be taken of Council Recommendation 86/379,⁴³⁹ on the employment of disabled people in the Community, and of Council Decision 91/49 on European Community action for the elderly.⁴⁴⁰ It has also been used to extend the

437 OJ 1987 C 3/1.

438 OJ 1988 L 187/1.

439 OJ 1986 L 225/43.

440 OJ 1991 L 28/29; this also makes specific reference in its recitals to the Social Charter signed by 11 of the 12 Member States.

Community's involvement with developing countries. Council Regulation 428/87⁴⁴¹ set up a system of compensation for loss of export earnings with regard to the least developed countries which were not signatories to the Lome Convention, this Regulation being intended as a measure in the Community's development cooperation policy.

Similarly, Council Regulation 250/88⁴⁴² has been adopted on the implementation of storage programmes and early warning systems, this being intended to improve storage of food in developing countries. The recitals to this Regulation make no reference to any of the objectives of the Community listed in the EEC Treaty itself, and justify European Community action on the basis that 'the European Community should endeavour to encourage developing countries to strengthen their food security.' While provisions on development cooperation have been included in the Maastricht amendments, this use of Article 235 might be taken to imply that if the Member States regard something as desirable under Article 235, it can be done. This appears particularly to be the case with regard to relationships with East European countries: to take two random examples, Council Directive 91/310 on further medium term assistance to Hungary⁴⁴³ justified the use of Article 235 on the grounds that it would 'bring Hungary closer to the European Community', and Council Regulation 2157/91 on technical assistance to economic reform in the USSR (as it then was)⁴⁴⁴ claimed that the operations there envisaged would 'contribute to the attainment of the Community's objectives'.

Article 235 has continued to be used to develop new policies. Apart from the issue of development cooperation already mentioned, at the end of 1986, a Council Decision and two Recommendations were adopted in the area of tourism.⁴⁴⁵ The decision established a system of consultation and cooperation in tourism and the Recommendations dealt respectively with the standardization of information in hotels, and with fire safety in hotels. Subsequently, Council Decision 89/46 on an action programme for the European Tourism Year⁴⁴⁶ was also adopted under Article 235. Whilst the European Court accepted in *Luisi and Carbone*⁴⁴⁷ that tourists as recipients of services fall within the scope of the EEC Treaty, nevertheless there was no express Treaty provision dealing with tourism and the promotion thereof. However, the Maastricht amendments have introduced measures in the sphere of tourism into the Community's express objectives.

441 OJ 1987 L 43/1.

442 OJ 1988 L 220/1.

443 OJ 1991 L 174/34.

444 OJ 1991 L 201/2.

445 Council Decision 86/664, OJ 1986 L 384/52, and Council Recommendations 86/665 and 86/666, OJ 1986 L 384/54 and L 384/60.

446 OJ 1989 L 17/53.

447 Joined Cases 262/82 and 26/83 [1984] ECR 377.

Whatever may be the limits of Article 235, and it has been noted that it gave rise, even before the Community acquired its express environmental competence, to legislation on the conservation of wild birds,⁴⁴⁸ examples can be found of the development of what would appear to be new Community policies, without even a reference to Article 235. A striking example is the Resolution of the Council and of the ministers responsible for cultural affairs meeting within the Council on 27 May 1988 on the future organization of their work.⁴⁴⁹ Under this Resolution, it was agreed to set up a Committee on Cultural Affairs, and that the Commission should implement actions decided on by the Council that were to be implemented at Community level. A Title on Culture was subsequently introduced into the Treaty by the Maastricht amendments. Furthermore, although the Commission put forward a proposal for a Council Recommendation on banning smoking in public places based on Article 235,⁴⁵⁰ this gave rise to a Resolution of the Council and of the Ministers for Health of the Member States which, whilst it referred to that proposal in its recitals, claimed to be made 'having regard to the Treaty.'⁴⁵¹ Again, certain health measures are included in the Maastricht amendments.

In conclusion, whilst the Single European Act may have been the first amendment to the substance of the EEC Treaty, and may have expressly extended Community competence, in reality it largely constituted little more than a recognition of what had already been done in some areas, and a similar pattern has been followed by many of the Maastricht amendments to Community competence. These changes do not recognize every area of activity which the Community has moved into, and certainly do not appear to have had the effect of preventing further developments.

448 Council Directive 79/409, OJ 1979 L 103/1.

449 OJ 1988 C 197/1.

450 OJ 1989 C 32/9.

451 OJ 1989 C 189/1.

Règles de concurrence et concentrations

I. Généralités	167
II. La réglementation des concentrations 4024/89	168
A. Le régime applicable aux concentrations de dimension communautaire	168
1. Non-application de l'article 71	168
2. Application de l'article 71	171
B. Le régime applicable aux concentrations nationales	172
1. Le régime applicable aux concentrations nationales	172
2. Le régime applicable aux concentrations nationales de dimension communautaire	173
3. Le régime applicable aux concentrations nationales de dimension communautaire	173
4. Le régime applicable aux concentrations nationales de dimension communautaire	173
C. Autres situations internationales	177
III. Le régime établi par le règlement 4024/89	178
A. Régime applicable aux concentrations de dimension communautaire	178
1. Champ d'application	178
2. La notion de concentration	182
3. L'appréciation des concentrations	184
4. Mesures prises en faveur	184
B. Régime applicable aux concentrations nationales de dimension communautaire	184
C. Conclusion	184

Régies de concurrence et concentrations

par

MICHEL WATBROCK

Table des matières

I.	Généralités	177
II.	Le régime antérieur au règlement 4064/89	186
	A. Le régime applicable aux concentrations totales	186
	1. Non-applicabilité de l'article 85	186
	2. Application possible de l'article 86	191
	B. Le régime applicable aux concentrations partielles	202
	1. Généralités	202
	2. La première phase (1974-1981): examen des effets sur les activités demeurées indépendantes des parents	206
	3. La deuxième phase (1982-1987): prise en considération d'autres effets de l'entreprise commune sur la concurrence	212
	4. La troisième phase (1988-1990): l'exigence d'une entité économique autonome	216
	C. Autres situations intermédiaires	217
III.	Le régime établi par le règlement 4064/89	219
	A. Régime applicable aux concentrations de dimension communautaire	221
	1. Champ d'application	221
	2. La notion de concentration	223
	3. L'appréciation des concentrations	232
	4. Mise en œuvre du contrôle	236
	B. Régime applicable aux concentrations sans dimension communautaire	245
	C. Conclusion	248

Biographie

Etat civil

Né à Genève, le 22 novembre 1932, de parents belges. Père de deux enfants.

Etudes

- 1939-1940: Etudes primaires à Genève, Ecole de Malagnou;
- 1940-1945: Etudes primaires à Montréal, Guy Drummond High School;
- 1945-1946: Etudes secondaires à Montréal, Strathcona Academy;
- 1946-1951: Etudes secondaires à l'Athénée Royal d'Ixelles section gréco-latine;
- 1951-1956: Etudes universitaires à l'Université libre de Bruxelles;
Docteur en droit (grande distinction);
Licencié en sciences politiques et diplomatiques (grande distinction);
- 1956-1958: Etudes universitaires à la New York University (bourses Fulbright et Fondation Ford);
«Master of Laws (International Law)»;
- Eté 1958: Etudes universitaires à la Faculté internationale de droit comparé à Luxembourg (bourse du Centre interuniversitaire de droit comparé);
- Printemps
et été 1959: Diplôme supérieur de droit comparé.

Activités professionnelles

Activités antérieures:

- 1958-1961: Stage au barreau de Bruxelles. Patron: Me Henri Rolin;
- 1958-1967: Chercheur au Centre interuniversitaire de droit comparé.
- 1961-1963: Assistant à la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles de M. le professeur Ganshof van der Meersch pour le cours d'Organisations européennes;

- 1963-1977: Directeur des recherches juridiques à l'Institut d'études européennes de l'université de Bruxelles;
- 1963-1966: Chargé de cours à la faculté de droit de l'université de Bruxelles;
- 1966-1971: Professeur extraordinaire à la faculté de droit de l'université de Bruxelles;
- 1971 à ce jour: Professeur ordinaire à la faculté de droit de l'université de Bruxelles;
- 1972 à ce jour: Avocat au barreau de Bruxelles (Association d'avocats Liedekerke Wolters Waelbroeck & Kirkpatrick);
- 1969-1970: Professeur visiteur à la New York University School of Law et à la Michigan University Law School;
- 1980: Professeur visiteur à l'Institut universitaire européen de Florence;
- 1981-1990: Professeur visiteur à la Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Innerscity of New York;
- 1988-1989: Titulaire de la chaire Francqui à l'université de Liège.

Autres activités

- Membre de l'Institut de droit international;
- Trésorier de l'Association des Amis d'Henri Rolin;
- Membre du comité de rédaction des revues suivantes:

Legal Issues of European Integration

Revue belge de droit international

Cahiers de droit européen

The Antitrust Bulletin

Gaceta juridice europea

European Business Law Review

Publications principales

Livres

Auteur de:

- *Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé* (1961), 246 pages.
- *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun* (1969), 348 pages.
- *Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire* (1975), 62 pages.
- *Henri Rolin et la sécurité collective dans l'entre-deux guerres* (1987) (Textes choisis et présentés par M. Waelbroeck).

Co-auteur de:

- (avec J. Mégret, J.-V. Louis et D. Vignes), La libre circulation des marchandises, *Le droit de la Communauté économique européenne*, 1er volume (1970) 35 à 230.
- Les règles de concurrence, *Le droit de la Communauté économique européenne*, précité, 4e volume (1972), 423 pages.
- La Cour de justice, *Le droit de la Communauté économique européenne*, 10ème volume (1984), 452 pages.
- Dispositions générales et finales, *Le droit de la Communauté économique européenne*, 15e volume (1987) (analyse des articles 213, 214, 215, 219, 226, 235, 236 et 240 du traité CEE).
- *European Community Law and Institutions in Perspective: Text, Cases and Readings* (1976), 1132 pages. Supplément paru en 1985 (en collaboration avec E. Stein, P. Hay et J.H.H. Weiler).
- (en collaboration avec A. Frignani), *Disciplina della concorrenza nella CEE*, deuxième édition parue en 1983, 611 pages.

Secrétaire de la rédaction de:

- *Le droit des Communautés européennes* (1969), dirigé par W.J. Ganshof van der Meersch.

Articles

1. «Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes», *Mélanges offerts à Henri Rolin* (1964) 506-516.
2. «Trademark Problems in the European Common Market», *The Trademark Reporter*, vol. 54 (1964) 333-371.
3. «La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés?», *Droit communautaire et droit national* (1965) 305-318.
4. «Peut-on parler d'un droit constitutionnel européen?», *Travaux et conférences de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles*, II (1964) 75-82.
5. «La protection des marques et le Marché commun européen», *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq* (1966) 1143-1169.
6. «The Application of EEC Law by National Courts», *Stanford Law Review* (1967) 1248-1276.
7. «L'arrêt AETR et les compétences externes de la Communauté économique européenne», *Intégration* (1971) n° 2, 79 à 89.
8. «Effets internes des obligations imposées à l'Etat», *Misc. W.J. Ganshof van der Meersch*, II (1972) 573 à 583.
9. «Le juge belge devant le droit international», *Rivista di diritto internazionale* (1973) 499-524.
10. «L'effet direct de l'accord relatif aux échanges commerciaux, du 22 juillet 1972, entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse», *Annuaire suisse de droit international* (1973) 113 à 132.
11. «La notion d'entreprise en position et les méthodes de contrôle en droit comparé. Rapport général», dans *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire* (1977) 110-138.
12. «Droit des marques et règles du Traité de Rome: au terme d'une évolution?», *Revue critique de jurisprudence belge* (1977) 219-228.
13. «La protection des droits fondamentaux à l'égard des Etats membres dans le cadre communautaire», *Mélanges Fernand Dehousse* (1979) 333-335.
14. «La compatibilité de la procédure de déclaration préalable de hausse de prix avec les règles du Traité de Rome», *Revue critique de jurisprudence belge* (1981) 12-25.
15. «La nature du droit au remboursement des montants payés contrairement au droit communautaire», *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars* (1982) 431-439.

16. «The Emergent Doctrine of Community Pre-emption – Consent and Re-delegation», in T. Sandalow, E. Stein (éds.), *Courts and Free Markets, Perspectives from the United States and Europe*, vol. 2 (1982) 548-580.
17. «Competition, Integration and Economic Efficiency in the EEC from the Point of View of the Private Firm», 82 *Michigan Law Review* (1984) 1439-1446.
18. «Vertical Agreements: Is the Commission Right Not to Follow the Current US Policy», 25 *Swiss Review of International Competition Law* (octobre 1985) 45-52.
19. «Legal Integration and the Free Movement of Goods: The American and European Experience», in M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler (éds.), *Integration Through Law*, vol. 1, livre 3 (1986) 165-227 (en collaboration avec D. Kommers).
20. «Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE», in *Du droit international au droit de l'intégration – Liber Amicorum Pierre Pescatore* (1987) 181-203.
21. «Antitrust Analysis Under Article 85(1) and Article 85(3)», 1987 *Corporate Law Institute*, Fordham University School Law (1988) 693-724.
22. «Le rôle de la Cour de justice dans la mise en œuvre de l'Acte unique européen», *Cahiers de droit européen* (1989) 41-62 (aussi publié en anglais dans 11 *Michigan Journal of International Law* (1990) n° 3, 671 à 691).

16. The Inaugural Lecture of Community Psychology - Gordon Allport, *Journal of Personality and Social Psychology*, 1971, 17(2), 1-10.
17. Community Psychology and the Social Movement: A Review of the Field, *Journal of Community Psychology*, 1977, 5(1), 1-10.
18. *Journal of Community Psychology*, 1977, 5(1), 1-10.
19. *Journal of Community Psychology*, 1977, 5(1), 1-10.
20. *Journal of Community Psychology*, 1977, 5(1), 1-10.
21. *Journal of Community Psychology*, 1977, 5(1), 1-10.
22. *Journal of Community Psychology*, 1977, 5(1), 1-10.
23. *Journal of Community Psychology*, 1977, 5(1), 1-10.
24. *Journal of Community Psychology*, 1977, 5(1), 1-10.
25. *Journal of Community Psychology*, 1977, 5(1), 1-10.

I. Généralités

1. *Le Marché commun et les concentrations.* L'établissement du Marché commun doit normalement inciter les entreprises à accroître leurs dimensions en vue de tirer parti de l'élargissement des marchés par la réalisation d'économies d'échelle. Cet accroissement ne se réalise pas seulement par croissance interne, mais est, dans de nombreux cas, le résultat de fusions, d'acquisitions, de prises de participation et d'autres processus de concentration.

Au début, pour des raisons tant psychologiques que juridiques ou fiscales, la plupart des concentrations avaient lieu entre entreprises ressortissant à un seul Etat membre. Lorsque des opérations internationales se réalisaient, il s'agissait généralement du rachat d'entreprises européennes par des entreprises de pays tiers.

2. *La politique de la Commission.* Confrontée au risque de voir les avantages résultant de l'établissement du Marché commun confisqués, soit par la création de monopoles nationaux, soit par l'inféodation de l'industrie européenne à des groupes étrangers, la Commission s'est préoccupée dès les premières années d'élaborer une politique visant à éliminer les obstacles aux fusions et concentrations entre entreprises d'Etats membres différents, tout en précisant les limites que les articles 85 et 86 du Traité imposaient à ces concentrations. Cette politique répondait en fait principalement au souci de permettre aux entreprises européennes de faire face à la concurrence des grands groupes internationaux, principalement américains et japonais. Dans la mesure où le renforcement de la position concurrentielle de l'industrie européenne supposait un accroissement de la dimension des entreprises du Vieux Continent, la Commission considérait que la réduction de la concurrence qui en résulterait serait compensée par l'accroissement de la concurrence à l'échelle mondiale.¹

Dans une phase ultérieure, débutant dans les années 1970, l'absence de toute disposition permettant le contrôle des concentrations est apparue comme une lacune. En effet, même si les concentrations présentent souvent des aspects positifs, on ne peut exclure que, dans certains cas, elles aboutissent à la création ou au renforcement de positions dominantes de nature à entraver la concurrence et le commerce entre Etats membres.

1 Voir dans ce sens le mémorandum de la Commission sur la politique industrielle de la Communauté, Bruxelles (1970). Sur la nécessité de distinguer entre le marché communautaire et le marché mondial, voir Jacquemin, «Politique de concurrence ou politique industrielle au sein de la Communauté économique européenne», *Etudes internationales*, vol. II, n° 2 (juin 1971) 303 et seq.

Ces dernières années, la perspective de l'achèvement du marché intérieur prévu par l'Acte unique européen pour le 1er janvier 1993 a rendu encore plus pressante la nécessité d'un contrôle, vu l'accroissement du mouvement de concentrations auquel il a donné lieu. Les affaires *Continental Can* et *Philip Morris* ayant démontré l'insuffisance des articles 85 et 86, on en est venu à l'adoption d'un règlement *ad hoc*.

3. *Notion de concentration.* La notion de concentration a un contenu avant tout économique. Il n'est pas surprenant que les définitions juridiques renvoient dans une très large mesure aux concepts élaborés par la science économique.

Il est très vite apparu indispensable, dans trois secteurs du droit (le droit fiscal, le droit commercial et le droit de la concurrence), d'élaborer des définitions de la concentration qui permettent de rattacher à cette notion des conséquences juridiques. Trois définitions ont alors vu le jour qui, tout en se référant à un phénomène économique unique, se situent sur des plans totalement différents. Il nous semble utile de les décrire, non sans mettre en garde quant au fait que toute définition a un caractère très largement conventionnel.

En ce qui concerne le droit fiscal, le concept de concentration est lié:

- a) du point de vue subjectif, à l'existence (avant l'opération) de deux entreprises;
- b) du point de vue objectif, à l'existence d'un contrat translatif de propriété d'un fonds de commerce.

Le caractère strict de cette délimitation, laquelle ne retient pas certains phénomènes considérés comme des «concentrations» en droit commercial ou en droit de la concurrence, est dû au fait qu'elle a pour but de régler le régime d'imposition d'opérations (taxation de plus-values, assujettissement au droit d'enregistrement...) qui se présentent typiquement dans le cas du transfert d'un fonds de commerce.

En ce qui concerne le droit commercial, pour qu'on puisse parler de concentration, il faut:

- a) qu'il existe au départ au moins deux entreprises dotées de l'autonomie juridique (qu'elle s'accompagne ou non de l'autonomie économique);
- b) que cette autonomie juridique disparaisse au profit d'un des sujets visés sous la lettre a) ou au profit d'un sujet nouveau spécialement constitué à cet effet.

Cette opération peut être réalisée grâce à la prise du contrôle, notion qui s'apprécie, en droit des sociétés, à la lumière des éléments résultant des directives communautaires sur les groupes de sociétés.

En ce qui concerne le droit de la concurrence, l'existence d'une concentration suppose:

- a) qu'il existe au départ au moins deux sujets de droit distincts exerçant des activités économiques de manière autonome;
- b) que cette autonomie juridique et économique disparaisse au profit d'un des sujets visés sous la lettre a) ou d'un sujet nouveau spécialement constitué à cet effet;
- c) qu'il en résulte une modification dans la structure de la propriété ou de la gestion d'au moins un des deux sujets visés sous la lettre a).

Ainsi, selon l'article 3 du règlement 4064/89 relatif au contrôle des concentrations, une opération de concentration est réalisée:

- a) lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent,
ou
- b) lorsque:
 - une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins,
ou
 - une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrats ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

Tous les phénomènes de perte d'autonomie décisionnelle ne sont pas à classer dans la notion de concentration. Une perte d'autonomie décisionnelle peut également se produire dans le cadre d'ententes de répartition des marchés, de fixation des prix, de quotas de production ou dans le cadre d'accords de coopération, tels qu'accords de spécialisation, de recherche, de normalisation ou de production en commun. Toutefois, ces accords entraînent à charge des parties de simples obligations de faire et de ne pas faire, sans entraîner une modification structurelle ni un changement dans la gestion ou dans les rapports de propriété.

La notion de concentration en droit de la concurrence a un contenu avant tout économique: ce qui importe, ce n'est pas la disparition de l'indépendance juridique, mais la soumission à un contrôle unique. Dans le cadre du droit commercial, l'incorporation d'une filiale dans sa société mère sera considérée comme une concentration (fusion par incorporation), alors qu'elle ne le sera pas en droit de la concurrence.

4. *Concentrations et ententes.* Quelle que soit la forme sous laquelle elle se réalise, la concentration entraîne une modification de la structure interne des entreprises qu'elle concerne. Cette modification peut affecter soit la propriété

des actifs, soit la gestion et la direction, qui sont aliénées au profit d'organes extérieurs à ces entreprises ou à l'une d'elles. Lorsque l'accord ne provoque pas une modification réelle dans l'organisation de la gestion ou dans les rapports de propriété, mais seulement une coordination du comportement sur le marché d'entreprises restant économiquement indépendantes, on ne se trouve pas en présence d'une concentration mais d'une entente.

La limite n'est pas toujours facile à tracer. Ainsi, il arrive souvent, dans les groupes de sociétés, qu'en vue d'éviter les inconvénients d'une trop grande centralisation, la «tête» abandonne à ses filiales une certaine autonomie de gestion: s'il ne s'agit que d'une modalité d'organisation toujours révocable, elle n'exclut pas l'existence d'une véritable concentration. Toutefois, il peut arriver que les membres d'un «groupe» jouissent d'une indépendance réelle – notamment en raison du fait qu'ils ne sont contrôlés que partiellement par la «mère» – de telle manière que celle-ci n'est pas en mesure de leur imposer ses volontés. Dans ce cas, le comportement coordonné des membres du «groupe» devra être considéré comme le résultat d'une entente.

La distinction entre concentrations et ententes sera souvent difficile aussi en cas de création d'entreprise commune, celle-ci entraînant une concentration partielle des activités des entreprises fondatrices. Dans la mesure où la collaboration des parties dans le fonctionnement de l'entreprise commune est de nature à diminuer l'intensité de la concurrence qu'elles peuvent se faire dans d'autres domaines, on peut se demander si ce résultat doit être apprécié à la lumière des règles interdisant les ententes ou si, s'agissant d'une conséquence nécessaire de la concentration partielle d'activités réalisée au sein de l'entreprise commune, il doit être soumis au même régime que celle-ci.

L'inexistence pendant près de trente ans d'une réglementation *ad hoc* sur les concentrations a incité les institutions communautaires à élargir la portée de l'article 85 afin d'appréhender des phénomènes qui auraient, sinon, échappé à leur contrôle. Il en est résulté une extension de la notion d'entente au détriment de la notion de concentration. C'est ainsi que la Commission a considéré que les premiers accords en cause dans l'affaire *Philip Morris* («accords de 1981»)² étaient constitutifs d'ententes malgré le fait qu'ils avaient pour effet de mettre Philip Morris en mesure de contrôler Rothmans International conjointement avec Rembrandt Group et qu'il n'existait aucun rapport de concurrence entre Philip Morris et Rembrandt Group.³

2 Voir l'arrêt du 17 novembre 1987, *British American Tobacco Company Ltd et R.J. Reynolds Industries, Inc. c. Commission*, affaires jointes 142 et 156/84, Rec. 4487, at-tendus 3 à 6.

3 Pour plus de détails à ce sujet, voir *infra* point 29.

Cette situation devrait normalement se modifier comme suite à l'entrée en vigueur du règlement 4064/89. En effet, ce règlement met la Commission en mesure de contrôler les concentrations de dimension communautaire. Dès lors, on peut s'attendre à ce que le concept de concentration ne fasse plus l'objet d'une interprétation systématiquement restrictive.

5. *Les effets d'une concentration sur la concurrence.* Les effets des concentrations sur la concurrence diffèrent selon qu'il s'agit de concentrations:

- a) totales ou partielles, c'est-à-dire qu'elles concernent l'ensemble de l'activité des intéressés ou seulement une partie de cette activité (par exemple, la cession d'une branche d'activité, la création d'une entreprise commune limitée à un secteur);
- b) temporaires ou permanentes, c'est-à-dire qu'elles se réalisent en vertu d'un contrat comportant un terme (par exemple, louage d'activité ou d'installations, création d'une entreprise commune) ou n'en comportant pas (par exemple, fusion);
- c) réversibles ou irréversibles, ce dernier caractère découlant non pas de l'acte juridique ayant donné lieu à la concentration (tout acte juridique peut en effet être défait à tout moment par un acte contraire), mais bien des circonstances économiques concrètes (par exemple, unification des organes de gestion, des réseaux de distribution, intégration des unités de production...);
- d) horizontales, verticales ou conglomerales, c'est-à-dire entre sujets opérant au même stade économique, à des stades économiques successifs (par exemple, production et distribution) ou dans des secteurs économiques sans liens horizontaux ou verticaux entre eux. Les concentrations verticales sont généralement considérées comme ayant des effets négatifs moindres que les concentrations horizontales,⁴ et les concentrations conglomerales ne donnent plus guère lieu à préoccupations à l'heure actuelle.⁵

4 R. Posner, *Antitrust Law* (1976) 196. D'après les *Merger Guidelines* publiées par le Département de la Justice des Etats-Unis, une concentration verticale ne sera prohibée que si les conditions suivantes se réalisent:

- a) la concentration du marché est tellement élevée qu'un concurrent potentiel est obligé d'entrer à deux niveaux en même temps;
- b) l'entrée aux deux niveaux est difficile;
- c) la dimension économique minimale efficace est fort différente aux deux niveaux.

Ces *Guidelines* ont été publiées au *Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics*, vol. XVI, n° 1 (1986) 11.

5 Il en allait autrement dans les années 1960. Voir Turner, «Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act», *Harvard Law Review* (1965) 1313 et seq. Voir aussi Kumps et Cardon de Lichtbuer, «La concentration conglomerale», *Problèmes économiques* (11 novembre 1971) 9. On trouve un écho de ces préoccupations dans le rapport de M. Berkhouwer sur les règles de concurrence et la position des entreprises européennes dans le Marché commun et dans l'économie mondiale, *Parlement européen, Documents de séance*, 1970-1971, n° 197, 2 février 1970, n° 58.

En droit communautaire, la distinction la plus importante est celle entre concentrations totales et concentrations partielles. Alors que seuls l'article 86 ou le règlement 4064/89 peuvent s'appliquer aux premières, les secondes relèvent, selon le cas, de l'article 85, de l'article 86 ou du règlement.

6. *Instruments par lesquels les concentrations peuvent s'effectuer.* Les concentrations peuvent être l'aboutissement des techniques juridiques les plus variées, telles que fusions, absorptions, prises de participation soit unilatérales, soit réciproques, offres publiques d'achat, constitution de holdings, échanges d'administrateurs (*interlocking directorates*), acquisition totale ou partielle du patrimoine d'une entreprise, location des installations productives ou du fonds de commerce, création d'entreprise commune, de groupe horizontal... Dans certaines formes de concentrations (par exemple, les fusions), l'autonomie juridique des entreprises intéressées disparaît, alors que dans d'autres, qui ne produisent des effets que sur le plan de la gestion, elle peut subsister.

Les fusions et les absorptions, qui comportent la disparition complète de l'indépendance tant juridique qu'économique des participants, apparaissent comme la forme la plus achevée de concentration. Du point de vue du droit de la concurrence, on peut assimiler à la fusion et à l'absorption proprement dites, où les apports sont rémunérés par des actions de la société issue de la fusion ou de la société absorbante, l'opération par laquelle les propriétaires d'une entreprise transfèrent l'ensemble du patrimoine actif et passif de celle-ci contre des espèces ou d'autres valeurs. On y assimilera aussi l'opération par laquelle une société, après avoir acquis la totalité des actions d'une autre société, constate la dissolution de celle-ci et transfère la totalité du patrimoine de cette dernière dans le sien propre.⁶

Mais la concentration peut aussi s'opérer d'une manière moins radicale, sans que la personnalité juridique des sociétés intégrées disparaisse, par la formation d'un groupe de sociétés (en allemand: *Konzern*) unies entre elles par des liens de participation financière et soumises à une direction économique et à un contrôle uniques. Quoique juridiquement indépendantes, les sociétés du groupe font partie d'une organisation unitaire et sont gérées non pas en considération de leurs intérêts propres, mais de ceux de l'ensemble du groupe.

La concentration peut encore se réaliser par la création, par deux ou plusieurs entreprises, d'une entreprise commune (*Gemeinschaftsunternehmen* ou *joint venture*), les fondateurs demeurant indépendants tant juridiquement

6 Van Ommeslaghe, «L'application des articles 85 et 86 du traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes», *RTDE* (1967) 457, 460.

qu'économiquement.⁷ Le même résultat peut être atteint si deux entreprises acquièrent une participation qui leur confère conjointement le contrôle d'une société existante, ou si une société qui en contrôle une autre cède une partie de sa participation de contrôle à un tiers.

Il y a aussi concentration si deux entreprises acquièrent conjointement le contrôle d'une ou de plusieurs autres et se répartissent entre elles ces entreprises ou leurs actifs (plutôt que de les laisser subsister comme entreprises communes).⁸

Enfin, une concentration peut résulter de l'établissement d'un «groupe horizontal», chacune des parties prenant une participation importante dans le capital de l'autre et établissant des organes communs de gestion.⁹

La création d'un groupement d'intérêt économique (GIE) ne sera normalement pas de nature à entraîner une concentration entre les entreprises qui y participent. En effet, le GIE ne peut exercer que des fonctions auxiliaires par rapport à celles de ses membres et paraît dès lors constituer davantage un moyen permettant d'institutionnaliser une coopération que d'effectuer une concentration.¹⁰

7 Telle a été la méthode choisie pour réaliser les concentrations entre Agfa et Gevaert, entre Dunlop et Pirelli: voir 4^e rapport de la Commission sur la politique de concurrence (ci-après rapp. concurr.), n° 40. Voir aussi la décision *Metaleurop* du 26 juin 1990. JOCE L 179/41 du 12 juillet 1990.

8 Voir le considérant 24 du règlement 4064/89. Voir aussi les affaires *Irish Distillers*, 18^e rapp. concurr., n° 80 et *Siemens c. GEC-Plessey*, JOCE C 239/2 du 25 septembre 1990.

9 C'est le *Gleichordnungskonzern* du droit allemand. La Commission a consacré cette notion dans l'affaire *Zip Fasteners*: les sociétés EMI du Royaume-Uni et Heilmann d'Allemagne, toutes deux importantes productrices de fermetures éclair, avaient échangé leurs actions de façon à obtenir chacune 49% du capital des sociétés précédemment contrôlées par l'autre, conduisant ainsi à une répartition égale des bénéfices et des pertes entre les deux groupes. De plus, elles avaient établi une société commune pour coordonner la gestion des sociétés filiales en matière de finances, d'investissement, de dépenses majeures en capital et de conclusion d'accords avec des tiers sur les droits de propriété industrielle qu'elles détenaient. Elles s'engageaient en outre à s'accorder réciproquement des licences sur tous leurs brevets présents et futurs. Elles avaient progressivement rationalisé, au cours des dernières années, leurs productions, de façon à les rendre mutuellement interdépendantes. Enfin, elles avaient accepté de répondre des obligations de l'autre à concurrence de la valeur totale des avoirs de toutes les sociétés, créant ainsi une solidarité complète et inéquivoque entre elles pour les obligations de toutes les sociétés. Sur la notion de groupe horizontal, voir 7^e rapp. concurr., n° 29 et seq., ainsi que Defalque, «Réflexions sur le groupe horizontal de sociétés et son traitement en droit de la concurrence», *CDE* (1981) 437. Un autre cas de groupe horizontal s'est présenté dans l'affaire *Yorka c. Seima*, JOCE C 254/3 du 28 septembre 1991.

10 Voir l'article 3 §1(2) du règlement 2137/85 relatif à l'institution d'un Groupement européen d'intérêt économique (GEIE), JOCE L 199 du 31 juillet 1985. Relevons pourtant que dans l'affaire *Aérospatiale-Alenia/de Havilland* du 2 octobre 1991, JOCE L 334/42, §5, la Commission a considéré que les activités d'Aérospatiale et d'Alenia dans le domaine des avions de transport régional à turbopropulseurs étaient concentrées dans le GIE ATR depuis 1982. Aucune explication n'est fournie à l'appui de cette affirmation.

7. *Nécessité d'un contrôle des concentrations.* Les concentrations peuvent être de nature à entraîner des répercussions importantes sur la concurrence. C'est évident lorsqu'il s'agit de concentrations horizontales. En effet, celles-ci entraînent une diminution du nombre de concurrents sur le marché, ce qui non seulement accroît la puissance des entreprises qui se concentrent, mais peut, en outre, réduire l'intensité de la concurrence sur l'ensemble du marché par le renforcement du caractère oligopolistique de celui-ci et de l'interdépendance qui en découle.¹¹ Toutefois, dans certains cas, la concentration peut avoir des effets positifs pour la concurrence. Il en est ainsi lorsqu'elle met des entreprises de moyenne dimension en mesure de faire concurrence de manière plus efficace à une entreprise dominante ou à un nombre limité d'entreprises en situation d'oligopole étroit.

Les concentrations verticales, elles aussi, peuvent entraîner des effets restrictifs dans la mesure où elles aboutissent à la création de liens préférentiels entre les entreprises intégrées, avec pour conséquence l'exclusion des tiers d'une source d'approvisionnement ou d'un débouché.¹²

Même les concentrations conglomerates peuvent, dans certains cas, avoir des conséquences nuisibles. Tel est le cas lorsqu'elles entraînent une réduction de la concurrence potentielle¹³ ou lorsqu'elles permettent à l'entreprise concentrée de s'imposer à la fois comme fournisseur et comme acheteur sur un marché intermédiaire et d'utiliser le pouvoir qu'elle peut détenir d'un côté (par exemple, comme fournisseur) en vue de renforcer sa position de l'autre côté (par exemple, comme acheteur).¹⁴

8. *Critères d'admissibilité des concentrations.* Une législation de la concurrence ne permettant pas de contrôler les concentrations serait incomplète. Mais un contrôle sans paramètres permettant d'en déterminer les finalités serait inutilisable. C'est pourquoi le législateur doit commencer par établir les objectifs au regard desquels il jugera si une concentration est admissible ou non. A cet égard, on constate que de nombreux droits de la concurrence permettent de tenir compte non seulement de considérations concurrentielles au sens strict, mais aussi de considérations de politique économique générale, telles que la nécessité de sauvegarder la compétitivité des entreprises nationales, d'améliorer la balance des paiements, de promouvoir le développement régional, de lutter contre le chômage, de favoriser le développement économique et notamment l'innovation technologique, etc... Même lorsque de tels objectifs ne sont pas explicitement mentionnés, la

11 C'est le phénomène qu'on connaît aux Etats-Unis sous le nom de *tacit collusion*.

12 C'est ce qu'on appelle en droit antitrust américain le *foreclosure effect*.

13 Voir, par exemple, l'affaire *FTC v. Procter & Gamble*, décidée par la Cour suprême des Etats-Unis, 380 US 592 (1965).

14 C'est l'«effet de réciprocité» bien connu en droit américain: voir *FTC v. Consolidated Foods*, 380 US 592 (1965).

souplesse des critères utilisés permet à l'autorité de contrôle d'utiliser la législation sur les concentrations comme un instrument de politique économique et d'en moduler l'application en fonction de l'époque et du secteur en cause.

Ainsi que nous le verrons, le droit communautaire ne laisse qu'une place limitée aux considérations extra-concurrentielles parmi les causes justificatives des concentrations. C'est avant tout l'effet sur la structure de la concurrence qui est pris en compte lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la compatibilité d'une concentration avec le Marché commun.¹⁵

9. *Nécessité de règles spécifiques applicables aux concentrations.* La grande variété des effets que les concentrations peuvent avoir sur la concurrence exige que leur contrôle se fasse selon des règles spécifiques permettant de tenir compte de leurs aspects tant positifs que négatifs. En outre, le fait que toute concentration entraîne une modification structurelle en principe irréversible rend souhaitable la pratique d'un contrôle préalable, exercé une fois pour toutes, plutôt qu'un régime d'autorisation limitée dans le temps et soumise à conditions, tel que celui qui convient pour l'exemption des ententes.

Il n'est dès lors pas opportun d'appliquer aux concentrations les mêmes règles que celles qui régissent les ententes. Alors qu'on peut admettre que pour ces dernières le législateur adopte une position *a priori* négative et ne prévoie la possibilité d'exemption qu'à titre exceptionnel, le traitement des concentrations exige une approche plus positive. En effet, ainsi qu'on l'a vu, un grand nombre de concentrations n'ont pas d'effet anti-concurrentiel, et sont même pro-concurrentielles. A cet égard, J.K. Galbraith¹⁶ a dénoncé, en se fondant sur l'expérience américaine, un des dangers d'une trop grande sévérité dans l'appréciation des concentrations: en s'opposant à des regroupements destinés à contrebalancer des positions établies, on risque d'aboutir à la cristallisation de la structure économique et d'empêcher des entreprises de dimensions réduites d'atteindre le niveau, la dimension ou la capacité financière que les autres concurrents ont déjà atteints. Appliquée de cette manière, l'interdiction des concentrations aurait pour effet de protéger les positions établies.

En outre, il faut se rappeler que les concentrations sont une des manifestations du processus d'échange sans lequel aucune société ne peut fonctionner. Le fait qu'une entreprise soit disposée à en acquérir une autre montre qu'elle estime que la valeur économique de cette dernière est plus élevée que celle que lui attribuent ses propriétaires actuels. Cela peut être dû, par exemple, au fait que l'acquéreur possède des connaissances technologiques,

15 Voir *infra* point 47.

16 Voir son célèbre ouvrage: *The New Industrial State* (1967).

des moyens de distribution, des capacités de gestion ou des possibilités de financement qui lui permettent de faire de l'entreprise acquise une utilisation plus efficace, ou au fait que les deux entreprises ensemble sont en mesure d'exploiter des économies d'échelle ou d'autres avantages qui ne leur seraient pas accessibles isolément.¹⁷

Il serait dès lors antiéconomique d'adopter une attitude systématiquement hostile à l'égard des concentrations. Il en est d'autant plus ainsi que dans l'état actuel des connaissances économiques il est extrêmement difficile de prédire avec certitude quelles concentrations seront bénéfiques et lesquelles seront nuisibles pour l'intérêt général.

II. Le régime antérieur au règlement 4064/89

A. Le régime applicable aux concentrations totales

1. Non-applicabilité de l'article 85

10. *La position initiale de la Commission.* A la différence du traité CECA, dont l'article 66 soumet toute concentration à laquelle est partie une entreprise productrice de charbon ou d'acier à l'autorisation préalable de la Haute Autorité,¹⁸ et de nombreuses législations internes sur la concurrence, le traité CEE ne contient aucune disposition expresse sur les concentrations. L'article 85, paragraphe 1, vise tous les accords restrictifs de la concurrence, sans distinguer selon qu'ils laissent subsister l'indépendance juridique et économique des entreprises participantes ou qu'ils aboutissent à leur intégration. Une interprétation littérale aurait pu aboutir à soumettre à cette disposition toutes les concentrations qui suppriment la concurrence entre parties et, ce faisant, affectent de manière sensible la position des tiers.

Toutefois, dans la troisième partie du mémorandum qu'elle a soumis au Conseil en 1965 sur le problème de la concentration dans le Marché commun,¹⁹ la Commission a émis l'avis que l'article 85 était inapplicable aux concentrations. Selon la Commission, cette disposition ne s'appliquerait qu'aux accords entre entreprises qui, par la suite, subsistent en tant qu'entités juridiquement et économiquement indépendantes. Cette interprétation serait, selon elle, seule conforme à la finalité de la disposition en cause.

17 Voir en ce sens Hall, «Merger Control – The Persistence of an Illusion», *ECLR* (1982) 1, 10 à 12.

18 Voir à ce sujet Matthies, «Commentaire de l'article 66», in Anadri, Monaco, Trabucchi, *Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone et dell'acciaio*, *Commentario* (1970), vol. II, 919 et seq.

19 *Etudes, Série concurrence*, n° 3 (1966).

A l'appui de cette interprétation, la Commission relève tout d'abord qu'il serait contraire à une politique rationnelle de concurrence d'interdire selon les mêmes critères les ententes et les concentrations; en effet, les ententes vont généralement à l'encontre de l'intérêt général et doivent dès lors être interdites, sauf exception, tandis que les concentrations n'ont d'effet négatif que si elles confèrent aux entreprises participantes une puissance excessive sur le marché.

En outre, l'application aux concentrations du paragraphe 2 de l'article 85 soulèverait des difficultés pratiques considérables; en effet, la nullité de plein droit prévue par ce paragraphe «risquerait, par suite de la disparition des entreprises participantes, d'aller au-delà du rétablissement de la situation antérieure». De même, l'appréciation des incidences d'une concentration sous l'angle de l'article 85, paragraphe 3, ne pourrait se faire avec «autant de certitude» que celle des effets d'une entente. La concentration entraînant l'élimination totale de la concurrence entre les entreprises intéressées, la troisième condition d'application du paragraphe 3 ne serait généralement pas remplie. Enfin l'application du paragraphe 3 de l'article 85, exigeant la possibilité d'un réexamen périodique ainsi que d'une révocation de l'exemption avant l'expiration du délai fixé, cette exigence ne serait jamais susceptible d'être satisfaite dans l'hypothèse d'une concentration, puisque celle-ci entraîne une modification définitive de la structure des entreprises intéressées.

Certes, selon la Commission, des règlements d'application pris en vertu de l'article 87 du Traité pourraient supprimer certains de ces obstacles. Toutefois, ils ne permettraient pas d'aboutir à ce que des concentrations ayant les mêmes effets économiques soient traitées en fonction des mêmes critères. Ainsi, les concentrations réalisées en dehors de tout concours de volonté entre les entreprises intéressées (notamment à la suite d'une offre publique d'achat hostile) ne pourraient pas être atteintes. En outre, les éléments de fond mentionnés à l'article 85 ne pourraient pas être modifiés; il ne serait donc pas possible de faire disparaître, au moyen de règlements d'application, les principaux obstacles à l'application de l'article 85 aux concentrations.²⁰

11. *Critique.* La position adoptée par la Commission dans le mémorandum paraît surtout inspirée par le souci de ne pas entraver le mouvement de concentration dans le Marché commun, mouvement qu'elle estimait à l'époque souhaitable. Sous l'angle juridique, cependant, les arguments invoqués ne sont guère convaincants.

Ainsi, rien n'empêcherait d'appliquer aux concentrations des critères différents de ceux appliqués aux ententes lorsqu'il s'agit d'apprécier si elles

20 Mémorandum *supra* point 10, troisième partie, n^{os} 6 à 13.

ont pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence. Cette nécessité a été reconnue en droit antitrust américain, où les tribunaux n'hésitent pas à appliquer la section 1 du Sherman Act tant aux ententes qu'aux fusions, mais où, ce faisant, ils tiennent compte de la nécessité d'apprécier les effets de ces dernières à la lumière de la *rule of reason*.²¹ Pareille application nuancée, tenant compte des réalités économiques, ne serait nullement incompatible avec les méthodes de raisonnement généralement utilisées en droit de la concurrence. Dès lors, les inconvénients résultant de l'application de l'article 85, paragraphe 1, aux concentrations seraient réduits.²²

Il y a lieu de reconnaître, toutefois, que l'article 85 ne constitue pas un instrument particulièrement bien adapté au contrôle des concentrations. D'une part, il ne prévoit que l'interdiction et la nullité des opérations visées, et non la possibilité d'ordonner aux parties de se séparer d'éléments d'actifs en vue de rétablir une situation concurrentielle (*divestiture*). En outre, l'impossibilité d'appliquer l'article 85 aux concentrations réalisées autrement que par un accord constitue une lacune sérieuse. Enfin, la limitation dans le temps des exemptions accordées en vertu de l'article 85, paragraphe 3, n'est pas compatible avec le caractère de modification structurelle en principe irréversible qui caractérise les concentrations.

12. *L'affaire Philip Morris*. Cette affaire avait pour objet des accords conclus en 1984 par lesquels la société Philip Morris avait acquis de Rembrandt Group une participation de 30,8% dans le capital de sa concurrente Rothmans International, filiale de Rembrandt Group. Ceci conférait à Philip Morris 24,9% des droits de vote attachés aux actions. Rembrandt Group, de son côté, maintenait une participation de 30,8% au capital de Rothmans International ainsi que 43,6% des droits de vote.

Les accords de 1984 se substituaient à des accords précédents, conclus en 1981, en vertu desquels Philip Morris avait acquis de Rembrandt 50% du capital de Rothmans Tobacco Holding, une filiale à 100% de Rembrandt qui contrôlait *de facto* Rothmans International. Les accords de 1981 reconnaissaient à chacune des parties le droit de nommer un nombre égal de membres du conseil d'administration de RTH. Rembrandt Group conservait la gestion de Rothmans International, mais il était prévu une collaboration entre Philip Morris et Rothmans International en matière de recherche et de développement, de fabrication et de gestion. La Commission ayant avisé les parties qu'elle considérait que ces accords enfreignaient les articles 85 et 86, les accords de 1984 remplacèrent la participation égalitaire de Philip

21 Voir notamment l'affaire *Berkey Photo v. Eastman Kodak*, 603 F. 2d 263, 302 (2d Cir. 1979), cert. denied 444 US 1093 (1980). Voir aussi *Areeda et Turner*, *supra* note 5, §703; R. Joliet, *Monopolization and Abuse of Dominant Position* (1970) 115 à 123.

22 Voir Capotorti, *Rivista delle società* (1972) 1001 et 1002.

Morris dans RTH par une participation minoritaire directe dans Rothmans International. En outre, les parties souscrivaient divers engagements visant à assurer l'indépendance concurrentielle réciproque de Philip Morris et Rothmans International, notamment par la renonciation de Philip Morris à toute représentation dans les conseils d'administration des sociétés du groupe Rothmans. La Commission estima que ces modifications éliminaient toute infraction au Traité.

Saisie de deux recours intentés par des concurrents de Philip Morris et de Rothmans contre la décision de la Commission, la Cour examina, dans son arrêt du 17 novembre 1987,²³ si la prise de participation de Philip Morris dans Rothmans International constituait une infraction à l'article 85.

La Cour commença par affirmer:

Comme la prise de participation dans le capital de Rothmans International fait l'objet d'accords conclus entre entreprises qui, après l'entrée en vigueur de ces accords, restent des entreprises indépendantes, il convient en premier lieu d'examiner ce problème à la lumière de l'article 85.²⁴

Elle donna sur ce point la réponse suivante:

Si le fait, pour une entreprise, de prendre une participation dans le capital d'une entreprise concurrente ne constitue pas en soi un comportement restrictif de concurrence, une telle prise de participation peut néanmoins constituer un moyen apte à influencer sur le comportement commercial des entreprises en cause, de manière à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché où ces deux entreprises déploient leurs activités commerciales.

Tel serait notamment le cas si, par la prise de participation ou par des stipulations accessoires de l'accord, l'entreprise qui investit obtient un contrôle de droit ou de fait sur le comportement commercial de l'autre entreprise ou si l'accord prévoit une coopération commerciale entre les entreprises ou crée des structures aptes à promouvoir une telle coopération.

Tel peut également être le cas si l'accord réserve à l'entreprise qui investit la possibilité de renforcer, à un stade ultérieur, sa position en prenant le contrôle effectif de l'autre entreprise. Il convient de tenir compte non seulement des effets actuels de l'accord, mais également de ses effets potentiels et de la possibilité que l'accord s'inscrive dans un plan à plus longue échéance.²⁵

Comme on le voit, quoique la possibilité d'appliquer l'article 85 à une concentration ne fût pas l'objet du litige, l'arrêt contient à ce sujet deux affirmations contradictoires. Il commence par affirmer, à l'attendu 31, que le problème de l'applicabilité de l'article 85 se pose en raison du fait qu'il s'agit «d'accords conclus entre entreprises qui, après l'entrée en vigueur de ces accords, restent des entreprises indépendantes», ce qui laisse entendre que si

23 *Supra* note 2.

24 Attendu 31.

25 Attendus 37 à 39.

l'accord avait eu pour conséquence de mettre fin à l'indépendance des parties le problème d'une application éventuelle de l'article 85 ne se serait pas posé. En revanche, l'attendu 38 cite, parmi les cas dans lesquels une prise de participation peut tomber sous le coup de l'article 85, celui où l'entreprise qui investit obtient «un contrôle de droit ou de fait sur le comportement commercial de l'autre entreprise». Or, l'établissement du contrôle, qu'il soit de droit ou de fait, a précisément pour résultat de mettre fin à l'indépendance de l'entreprise contrôlée.

L'ambiguïté de l'arrêt *Philip Morris* explique que plusieurs commentateurs en aient conclu que la Cour estimait possible d'appliquer l'article 85 à une concentration.²⁶

Toutefois, il résulte de l'arrêt *Remia* du 11 juillet 1985 que ce ne sont pas les changements dans la propriété eux-mêmes, mais seulement les restrictions contractuelles supplémentaires stipulées à l'occasion d'une cession d'entreprise, qui peuvent éventuellement être contraires à l'article 85.²⁷ L'arrêt *Philip Morris* doit dès lors sans doute être interprété comme n'ayant pas remis en cause cette jurisprudence, d'autant plus que le cas d'espèce ne concernait pas une concentration, mais une simple acquisition minoritaire.

13. *Les affaires Carnaud/Sofreb et Irish Distillers*. Même si l'arrêt *Philip Morris* n'a pas tranché le problème de l'application de l'article 85 aux concentrations, il n'en a pas moins établi clairement que cette disposition n'était pas limitée aux ententes ayant pour objet de coordonner le comportement des parties, mais qu'elle pouvait s'appliquer à des opérations entraînant une modification structurelle durable. Dans deux affaires intervenues depuis, la Commission n'a pas hésité à faire usage des possibilités d'intervention qui lui étaient ainsi confirmées.

26 Voir en ce sens Blaise, «Chronique concurrence», *RTDE* (1989) 471, 472 à 476; Schödermeier, «Auf dem Weg zur Europäischen Fusionskontrolle», *WuW* (1988) 185, 187. De nombreux auteurs estiment, par contre, que les attendus 37 à 39 de l'arrêt doivent être limités au fait de l'espèce, qui concernait des entreprises demeurant non seulement juridiquement, mais également économiquement indépendantes. Voir aussi Bos et Stuyck, «Concentratiecontrole naar EEG-Recht», *SEW* (1989) 300, 346 à 348 et 356 à 358; Bellamy, «Mergers Outside the Scope of the New Merger Regulation – Implications of the the Philip Morris Judgment», 1988 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1989, 22-1; Riesenkauff, «Auswirkungen des Urteils des EuGH vom 17.11.1987 ('Philip Morris')», *WuW* (1988) 465, 469; Steindorff, «Kooperativer Unternehmenszusammenschluß und Kartellverbot», *ZHR* (1988) 57, 62.

Selon la Commission, l'arrêt «ne répond pas à question de savoir si l'article 85 s'applique également aux prises de participation majoritaires ou aux achats purs et simples d'une société concurrente», 21e rapport général sur l'activité des Communautés européennes, n° 949.

27 Fierstra, «Communautaire concentratiecontrole», *SEW* (1990) 330 et 331.

a) L'affaire Carnaud/Sofreb

Carnaud, important producteur français d'emballages métalliques, s'était entendu avec le groupe Sacilor pour acquérir 66,6% d'un autre producteur français d'emballages métalliques, Sofreb. Schmalbach, filiale allemande de la société Continental Can, qui détenait les 33,4% restants, s'était plainte à la Commission que cette acquisition de la majorité des actions d'une société concurrente violait les articles 85 et 86 et, simultanément, avait obtenu d'un tribunal français que la vente des actions soit suspendue jusqu'à la décision de la Commission. Cette dernière, conformément à la jurisprudence *Philip Morris*, considéra que la détention en commun de Sofreb par deux entreprises concurrentes pourrait conduire à une coopération entre les deux actionnaires dans leur comportement sur le marché, ce qui serait contraire à l'article 85. A la suite de cette prise de position, Carnaud proposa à Schmalbach d'acquérir sa participation, ce que Schmalbach accepta, permettant ainsi à la Commission de mettre fin à la procédure.

b) L'affaire Irish Distillers²⁸

Cette affaire concernait une offre publique d'achat lancée conjointement sur la société Irish Distillers par trois concurrents: Grand Metropolitan, Allied Lyons et Guinness. La Commission menaça d'adopter des mesures provisoires, considérant que l'accord était de prime abord susceptible d'être contraire à l'article 85. Outre leur offre conjointe sur une entreprise concurrente, les parties étaient convenues de poursuivre les activités d'Irish Distillers par l'intermédiaire d'une filiale commune et d'appliquer des dispositions équivalant à un accord de partage du marché.

A la suite de discussions, les parties renoncèrent à l'offre conjointe et s'engagèrent à ce que toute nouvelle offre individuelle faite par l'une ou plusieurs d'entre elles le soit dans des conditions permettant réellement à toutes les parties d'agir en toute indépendance. Après avoir reçu ces engagements, la Commission estima qu'il n'y avait plus d'infraction. Par la suite, Irish Distillers fut acquise par le groupe français Pernod Ricard.²⁹

2. Application possible de l'article 86

14. *La position de la Commission.* Après avoir écarté en principe l'applicabilité de l'article 85 aux concentrations, la Commission examina dans son mémorandum de 1965 si l'article 86 pouvait leur être appliqué. Estimant que l'exploitation abusive visée par cet article consiste en un comportement objectivement contraire aux buts fixés par le Traité et de na-

28 18e rapp. concurr., n° 80.

29 Ibid.

ture à porter atteinte aussi bien aux concurrents actuels ou potentiels qu'aux fournisseurs ou aux utilisateurs, la Commission considéra qu'il pouvait y avoir infraction à l'article 86 lorsqu'une entreprise en position dominante se concentre avec une autre entreprise, éliminant ainsi la concurrence subsistant sur le marché en cause. Pour la Commission, l'abus ne vise pas seulement le comportement d'une entreprise sur le marché; des pratiques qui causent un préjudice aux consommateurs en modifiant les structures de l'offre, sans concerner le comportement de l'entreprise sur le marché, sont explicitement visées par l'article 86, lettre b (limitation de la production, des débouchés, du développement technique). Or, l'élimination de toute concurrence sur le marché produit les mêmes effets nocifs qu'un comportement visé par l'article 86, lettre b, puisqu'une situation de monopole élimine l'incitation au développement technique. Dès lors, une concentration d'entreprises se traduisant par la monopolisation d'un marché doit en principe, pour la Commission, être traitée comme l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86. L'abus consiste en l'espèce dans l'élimination complète de la concurrence.³⁰

15. *L'affaire Continental Can*. Passant de la théorie à la pratique, la Commission s'est fondée sur cette conception dans sa décision *Continental Can* du 9 décembre 1971.

Après avoir pris, en 1969, le contrôle de son licencié allemand, la société Schmalbach-Lubeca-Werke, la société américaine Continental Can avait, en avril 1970, lancé avec succès une offre publique d'achat de son licencié néerlandais, Thomassen en Drijver-Verblifa. Après avoir examiné la situation du marché des produits en cause, la Commission est parvenue à la conclusion que cette dernière prise de contrôle constituait par elle-même un abus de position dominante dans la mesure où elle éliminait en pratique toute concurrence, actuelle ou potentielle, sur le marché des emballages métalliques en Allemagne et dans le Benelux.³¹

Tout en annulant la décision de la Commission pour insuffisance de motifs, la Cour approuva la position de la Commission dans son arrêt du 21 février 1973. Soulignant l'identité d'objectifs poursuivis par les articles 85 et 86, elle considéra qu'on ne saurait supposer qu'alors que l'article 85 «interdit certaines décisions de simples associations d'entreprises altérant la concurrence sans la supprimer», l'article 86 admette «que des entreprises, après avoir réalisé une unité organique, puissent atteindre une puissance

30 Mémoire sur le problème de la concentration, *supra* point 10, troisième partie, n° 26.

31 Décision *Continental Can* du 9 décembre 1971, point III, 25 à 31, JOCE L 7/25 du 8 janvier 1972; rectific. JOCE L 55/14 du 4 mars 1972.

dominante telle que toute chance sérieuse de concurrence serait substantiellement écartée». ³² Elle en conclut que peut constituer un abus:

... le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait substituer que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante. ³³

On peut tirer de cet arrêt les conclusions suivantes:

- a) un comportement abusif existe lorsqu'une entreprise détenant une position dominante renforce celle-ci au moyen d'une concentration, entraînant de ce fait une limitation de la concurrence telle que les seules entreprises restant sur le marché sont des entreprises qui dépendent de l'entreprise dominante;
- b) une concentration ne doit pas aboutir à l'élimination de toute concurrence pour tomber sous le coup de l'article 86; il suffit que les concurrents qui subsistent ne forment pas un contrepois suffisant;
- c) peu importe le moyen ou procédé utilisé pour réaliser la concentration: l'application de l'article 86 ne présuppose pas un comportement subjectivement critiquable, pas plus qu'il n'exige un lien de causalité entre la détention de la position dominante et son abus; il suffit que les effets condamnés par le Traité se réalisent.

Lorsque le renforcement d'une position dominante résulte d'une croissance interne exempte de toute pratique condamnée par l'article 86, elle n'est pas visée par cet article. ³⁴

16. *Les insuffisances de l'arrêt Continental Can.* L'arrêt *Continental Can* ne suffit pas à assurer un contrôle efficace des concentrations susceptibles d'avoir des conséquences nuisibles pour le fonctionnement du Marché commun.

En effet, son application suppose l'existence, au départ, d'une entreprise détenant une position dominante; il ne peut être utilisé pour empêcher la création d'une position dominante. Il n'est pas davantage applicable à une concentration entre entreprises dont aucune n'est individuellement domi-

32 Attendu 25.

33 Attendu 26. Au sujet de cet arrêt, voir Jeantet, «Lumière sur la notion d'exploitation abusive de position dominante», *JCP* (1973) II, 11086; Gleiss, «Fusionskontrolle im EWG-Kartellrecht?», *AWD* (1973) 268; Saint-Esteben, «Note», *Clunet* (1974) 428; Baardman, «Note», *Ars Aequi* (1973) 306; Neri, «Note», *CDE* (1973) 339; Vandamme, «L'arrêt de la Cour de justice du 21 février 1973 et l'interprétation de l'article 86 du traité CEE», *CDE* (1974) 112.

34 Réponse à la question écrite 385/75 de M. Scholten, *JOCE* L 285/22 du 13 décembre 1975. Voir aussi l'affaire *Filtrona c. Tabacalera*, dans laquelle la Commission a considéré que la décision d'un producteur de cigarettes d'augmenter de 44 à 100% sa capacité de fabriquer ses filtres ne constituait pas un abus étant donné que «la production par une société de produits dont elle a besoin n'est pas un acte de concurrence anormale», 19e rapp. concurr., n° 61.

nante, mais qui, une fois fusionnées, détiendraient un monopole.³⁵ De même, il est inapplicable à la situation dans laquelle une entreprise non dominante acquerrait le contrôle d'une entreprise dominante.³⁶

En outre, sur le plan de la procédure, l'article 86 et le règlement 17 ne permettent pas d'organiser un contrôle préalable des opérations de concentration. La Commission ne peut intervenir qu'*a posteriori*, ce qui limite considérablement l'efficacité de son action.³⁷

Dans le but de pallier ces lacunes, la Commission proposa au Conseil, quelques mois après l'arrêt *Continental Can*, l'adoption d'un règlement prévoyant la possibilité d'un contrôle préalable des concentrations.³⁸ Après de longues négociations au cours desquelles la proposition de la Commission se vit apporter de nombreuses et profondes modifications, le Conseil adopta, le 21 décembre 1989, le règlement 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.³⁹

17. *L'application de l'article 86 depuis l'arrêt Continental Can.* Depuis l'arrêt *Continental Can*, la Commission est intervenue à plusieurs reprises en vertu de l'article 86 à l'encontre de concentrations aboutissant à un renforcement excessif d'une position dominante existante. Nous décrivons ci-après, à titre d'exemple, certains des cas principaux qui ont donné lieu à examen, en indiquant comment la Commission a résolu les problèmes juridiques soulevés à cette occasion.

a) *Pilkington/BSN-Gervais-Danone*⁴⁰

A l'origine, le producteur britannique de verre plat Pilkington visait au rachat de l'ensemble des actifs du secteur du verre plat de BSN situés hors de France – soit Flachglas AG en Allemagne, Glaverbel SA en Belgique et de Maas BV aux Pays-Bas. La Commission considéra que cette opération pourrait tomber sous le coup de l'article 86. Pilkington détenait en effet une position do-

35 A moins qu'on ne considère qu'avant la concentration les entreprises participantes détenaient déjà une position dominante collective: Mok, «Continental Can – Proefkonijn voor concentratiepolitiek», *SEW* (1974) 222, 235.

36 Signalons toutefois que, dans l'affaire *GKN c. Sachs*, la Commission a vérifié si l'entreprise acquise, en l'espèce Sachs, détenait une position dominante susceptible d'être renforcée par son acquisition par GKN; voir 6e rapp. concurr., n° 112.

37 Dans la pratique, les grandes entreprises prennent souvent contact avec la Commission avant de réaliser une concentration dont la compatibilité avec l'article 86 peut soulever certains doutes. Voir 9e rapp. concurr., n° 130 et 10e rapp. concurr., n° 151. Toutefois, de tels contacts informels et non obligatoires ne sauraient remplacer, sur le plan de l'efficacité, une obligation de notification préalable.

38 JOCE C 92/1 du 31 octobre 1973.

39 JOCE L 395/1 du 30 décembre 1990. Sur l'historique des négociations ayant conduit à l'adoption du règlement, voir van de Walle de Ghelcke, «Le règlement CEE sur le contrôle des concentrations», *Journal des tribunaux* (1990) 245 et seq.

40 10e rapp. concurr., n° 152.

minante sur le marché britannique du verre plat, qui constituait une partie substantielle du Marché commun, et peut-être aussi sur les marchés irlandais et danois. Par l'opération envisagée, il aurait renforcé sa position dominante sur ces marchés et l'aurait étendue à des marchés voisins, puisqu'il aurait disposé de parts de marchés de plus de 80% au Royaume-Uni et de 50 à 60% en Irlande, au Danemark, aux Pays-Bas et en Allemagne. Ces parts auraient été de deux à trois fois supérieures à celles de son concurrent immédiat, la société française Saint-Gobain.

Ceci amena la Commission à adresser une mise en garde aux entreprises concernées. A la suite de cette intervention, ainsi que de celle du *Bundeskartellamt*, l'opération fut limitée au rachat de Flachglas, ce qui permit à la Commission de fermer le dossier.

b) *Michelin/Kléber-Colombes*⁴¹

Cette affaire a donné à la Commission l'occasion de préciser que l'article 86 était inapplicable à une mesure de restructuration interne.

Michelin, premier producteur et fournisseur de pneumatiques dans la CEE avec une part de marché de l'ordre de 40%, envisageait d'acquérir la totalité du capital de Kléber-Colombes, laquelle détenait quelque 5% du marché et se situait au cinquième rang dans la CEE, derrière Dunlop-Pirelli (18-20%), le groupe Continental-Uniroyal (13-15%) et Goodyear (10-12%).

La Commission a tenu compte de ce que Michelin détenait déjà depuis 1972 une participation majoritaire dans le capital de Kléber-Colombes qui lui assurait, compte tenu de la répartition du reste du capital, la possibilité de contrôler cette entreprise. Elle n'a dès lors pas émis d'objection à l'égard de la réorganisation envisagée, celle-ci constituant une simple mesure d'organisation interne et non une opération de concentration nouvelle susceptible d'avoir un caractère abusif au sens de l'article 86.

c) *Baxter Travenol Laboratories/SmithKline RIT*⁴²

Il s'agissait de la cession de la division «solutions intraveineuses» de SmithKline RIT, filiale belge du groupe pharmaceutique américain SmithKline Corp., à Travenol Laboratories SA, filiale belge de Baxter Travenol Laboratories Inc.

Principal fabricant mondial de produits hospitaliers, Baxter était le second fournisseur de solutions intraveineuses dans l'ensemble de la CEE. Il occupait le premier rang sur le marché belge qui était également celui où intervenait RIT.

La Commission estima qu'il n'y avait pas lieu, en raison de la nature des produits concernés, des conditions de production, de transport et de commercialisation, de distinguer le marché belge d'une

41 10e rapp. concurr., n° 156.

42 Ibid., n° 157.

zone plus vaste englobant le Nord-Ouest du Marché commun. Plus du tiers de la consommation totale belge de solutions intraveineuses et de matériel spécialisé était d'ailleurs couvert par des importations en provenance de pays voisins.

Dans l'ensemble du marché géographique en cause, les positions détenues par les entreprises concernées, comparées à celles de leurs principaux concurrents, n'ont donc pas conduit la Commission à constater que Baxter était dominant et qu'il renforçait sa domination par l'acquisition projetée de RIT.

Cette affaire illustre l'importance que la définition du marché en cause peut avoir pour le jugement à porter sur une concentration. Il n'est pas douteux, en effet, que si le marché avait été limité à la Belgique, la Commission aurait été amenée à adopter une attitude plus sévère.

d) *Kaiser/Estel*⁴³

Cette affaire concernait la fusion des activités de Kaiser Aluminium and Chemical Corporation et d'Estel dans le secteur de l'aluminium.

La Commission n'a pas soulevé d'objection au regard de l'article 86, parce que cette fusion n'était pas le fait d'entreprises détenant une position dominante dans le secteur. En réalité, elle aboutissait à la constitution d'un nouveau groupe qui ne se situait qu'au cinquième rang dans la CEE pour l'aluminium primaire, derrière Péchiney, Alusuisse, Vereinigte Aluminium Werke (VAW) et Alcan, et au quatrième pour les demi-produits en aluminium dans leur ensemble. La Commission s'est également assurée qu'aucune position dominante sur les marchés de demi-produits en aluminium ne serait renforcée par cette opération.

e) *Coats Patons Ltd/Güterman & Co.*⁴⁴

Cette affaire met en lumière le risque de solutions contradictoires résultant de la coexistence de législations nationales non harmonisées avec une réglementation européenne en principe applicable dans l'ensemble de la Communauté. Il s'agissait de l'acquisition d'une participation majoritaire par Coats Patons Ltd. dans le capital de Güterman & Co. KG.

Coats Patons était le premier fournisseur de fil à coudre à usage domestique et industriel dans le Marché commun et sa position était particulièrement forte dans certaines parties de celui-ci. Cependant, comparées à celles de ses principaux concurrents, les positions qu'il détenait dans l'ensemble du marché géographique concerné n'étaient pas suffisantes pour considérer que Coats était dominant. Il a également été tenu compte de ce que Coats, tout en exerçant son activité à un niveau important dans la plupart des

43 9e rapp. concurr., n° 131.

44 Ibid., n° 132.

Etats membres de la CEE, rencontrait sur les différents marchés nationaux la concurrence d'entreprises très bien implantées sur le marché local.

La Commission a dès lors fait savoir aux intéressés qu'il n'y avait pas lieu pour elle d'intervenir à l'encontre de leur projet. Ceux-ci y ont toutefois renoncé devant les objections formulées par le *Bundeskartellamt* en raison des effets que l'opération envisagée aurait sur le marché allemand, où le nouveau groupe aurait eu une position beaucoup plus forte que dans l'ensemble de la CEE.

f) *Fichtel & Sachs/Huret*⁴⁵

Il s'agissait d'une prise de participation majoritaire par Fichtel & Sachs dans l'entreprise française Huret.

Fichtel & Sachs était le principal fournisseur de systèmes de mise en mouvement pour cycles dans l'ensemble de la CEE. Toutefois, le poids économique de sa position de marché – en soi très importante – était limité par la présence, sur le marché des organes de mise en mouvement et autres accessoires pour cycles de la Communauté, de plusieurs autres producteurs importants. En effet, les concurrents européens de Fichtel & Sachs détenaient des positions appréciables sur les différents marchés nationaux à l'intérieur de la CEE où ils étaient traditionnellement implantés. Fichtel & Sachs restait en outre exposée à la concurrence d'entreprises japonaises qui avaient considérablement accru leurs parts de marché dans la CEE au cours des dernières années; l'une de celles-ci était d'ailleurs le premier producteur mondial de ce type de produit et le seul à disposer d'une gamme complète de production.

Cet ensemble de circonstances n'a pas fait craindre que l'on se trouve en présence d'une domination du marché par Fichtel & Sachs.

g) *Amicon Corp./Fortia AB et Wright Scientific Ltd*⁴⁶

Dans cette affaire, une plainte fut déposée par Amicon Corporation auprès de la Commission à l'encontre d'une concentration qui aurait été de nature à renforcer la position dominante du groupe Fortia, voire même à lui conférer un monopole, sur le marché des colonnes pour chromatographie. Selon les indications fournies par le plaignant et confirmées par une entreprise tierce qui opérait elle aussi sur le marché en cause, la concentration aurait permis à Fortia d'augmenter sa part de ce marché de 73% à 83%.

Après que copie de la plainte eût été envoyée à Fortia et Wright en leur demandant de faire connaître leurs observations sur les éventuelles mesures provisoires que la Commission aurait pu être amenée à prendre si les faits allégués par le plaignant se confirmaient, Wright a informé la Commission qu'elle cessait toute né-

45 9e rapp. concurr., n° 133.

46 11e rapp. concurr., n° 112.

gociation avec Fortia en vue d'une fusion. Dès lors, Amicon retirait sa plainte ainsi que sa demande de mesures provisoires, et la Commission classa l'affaire.

h) *Eagle Star/Allianz Versicherung*⁴⁷

Admettant à titre d'hypothèse qu'Allianz puisse détenir une position dominante sur le marché allemand des assurances, la Commission vérifia si l'acquisition par elle du contrôle d'Eagle Star serait de nature à renforcer cette position au point d'entraîner l'application de l'article 86 et arriva à une conclusion négative. En effet, Eagle Star était active en Allemagne seulement dans le domaine des assurances de transport. En outre, le montant total des primes relatives aux contrats d'assurances qu'elle concluait par l'intermédiaire de l'entreprise allemande Nordstern, avec laquelle elle avait un accord de coopération, était très faible.

i) *British Sugar Corp.-Berisford*⁴⁸

Admettant ici aussi dans un premier temps, à titre d'hypothèse, que BSC et Berisford aient pu détenir une position dominante au Royaume-Uni au niveau de la production et de la distribution de sucre raffiné, la Commission constata que la concentration de ces deux entreprises n'avait pas pour effet d'éliminer ou de réduire sensiblement la concurrence sur le marché de la distribution au point de justifier une application de l'article 86. Le rôle joué jusqu'alors par Berisford, consistant à contraindre les deux seuls producteurs de sucre au Royaume-Uni à lui offrir des prix concurrentiels pour éviter qu'elle n'importe du sucre en provenance d'autres États membres, pouvait, selon la Commission, être joué par les autres *merchants* et les gros utilisateurs du Royaume-Uni ainsi que par les commerçants et les producteurs du continent. Dès lors, la concentration ne donnerait pas au groupe BSC-Berisford le pouvoir de déterminer les prix du sucre au Royaume-Uni. En outre, l'élimination de Berisford en tant que distributeur dominant aurait plutôt pour effet de rééquilibrer la structure du marché de la distribution.

Toutefois, à la suite de l'intervention d'entreprises tierces en faveur de BSC et des nouveaux éléments présentés par celle-ci visant à démontrer, à l'appui de données statistiques et d'évaluations financières et économiques, qu'aucune entreprise, fût-elle britannique ou continentale, ne pourrait faire concurrence à BSC-Berisford en important de façon régulière et continue du sucre continental, la Commission décida d'engager officiellement la procédure dans cette affaire, sans envisager toutefois l'adoption de mesures provisoires.

47 12e rapp. concurr., n° 103.

48 Ibid., n° 104.

Pendant le déroulement de l'enquête, Berisford céda toutes ses activités de distribution de sucre au Royaume-Uni à un autre *merchant*, Napier Brown, se limitant ainsi au rôle de producteur. Par conséquent, la plainte de BSC devenait sans objet.

j) *Berisford-Napier/Brown*⁴⁹

La cession par Berisford de ses actifs commerciaux en faveur de Napier Brown conduisit la Commission à vérifier si cette opération ne constituait pas à son tour une violation de l'article 86. L'examen de la Commission confirma que le groupe British Sugar-Berisford était le plus grand vendeur de sucre au Royaume-Uni. En outre, la position du nouveau groupe Napier Brown s'était détériorée à la suite de la décision de plusieurs de ses clients et de clients d'entreprises commerciales ayant appartenu précédemment à Berisford d'acheter directement leur sucre chez British Sugar. Dans ces conditions, la Commission estima que l'acquisition des actifs commerciaux de Berisford par Napier Brown ne constituait pas une concentration interdite par l'article 86.

k) *Ashland Oil Inc.-Cabot Co.*⁵⁰

Cette affaire concernait une fusion des activités de deux entreprises multinationales productrices de noir de carbone aux Etats-Unis et dans les pays membres de la Communauté. Le secteur avait été atteint par une crise qui avait provoqué une chute des capacités mondiales. Contrairement à la plupart des producteurs de noir de carbone, qui sont intégrés en amont, Cabot devait acheter sa matière première auprès des grands groupes pétroliers intégrés. La demande était constituée par un petit groupe d'importants producteurs multinationaux de pneus en Europe et aux Etats-Unis. Cabot était donc dépendant de puissants fournisseurs de matières premières, d'une part, et de producteurs de pneus également puissants, d'autre part.

La Commission considéra que le fait que Cabot détenait la part la plus importante des capacités sur le marché géographique en cause ne suffisait pas pour qu'on puisse constater l'existence d'une position dominante, compte tenu de l'importance de la part du deuxième producteur et de la dépendance susmentionnée de Cabot à l'égard des fournisseurs de matières premières et des acheteurs.

l) *Pont-à-Mousson-Stanton & Stavely*⁵¹

La production combinée de Pont-à-Mousson et de Stanton & Stavely représentait plus de la moitié de la production communautaire des tuyaux en fonte ductile. Néanmoins, l'examen du marché en cause a permis de conclure que Pont-à-Mousson ne détenait pas une position dominante «et ne devait pas acquérir une telle position» à la suite de l'opération en cause, du fait de

49 13e rapp. concurr., n° 166.

50 14e rapp. concurr., n° 109.

51 Ibid., n° 110.

l'existence de produits de substitution fabriqués à partir d'autres matériaux tels que le béton, les fibres, le ciment, l'acier, les matières plastiques (PVC ou polyéthylène), le grès et le cuivre.

La Commission décida dès lors qu'il n'y avait pour elle aucune raison d'intervenir au titre de l'article 86 à l'encontre de la fusion des deux entreprises.

Il est intéressant de relever que, dans cette affaire, la Commission semble avoir examiné si Pont-à-Mousson «devait acquérir» une position dominante, et non si elle détenait au départ une position dominante qui avait été renforcée par la concentration en cause.

m) *Ibercobre/Outokumpu*⁵²

Cette affaire montre que la Commission est plus encline à accepter des opérations impliquant une prise de contrôle total que celles consistant en une acquisition de participation minoritaire. Outokumpu était le seul producteur finlandais de demi-produits en cuivre et alliages de cuivre et contrôlait deux des trois autres plus grands producteurs de Scandinavie. Ibercobre était le plus grand producteur espagnol de ces produits. Les deux sociétés avaient conclu des accords de coopération comprenant une prise de participation minoritaire d'Outokumpu dans le capital d'Ibercobre, des plans de rationalisation de la production, des accords de commercialisation et la création d'une filiale commune pour la distribution des produits d'Outokumpu en Espagne. Ils prévoyaient également une prise de contrôle ultérieur d'Ibercobre par Outokumpu par le biais d'options d'achat sur le reste du capital d'Ibercobre.

Dans la ligne de la jurisprudence *Philip Morris*, la Commission voulut s'assurer que la prise de participation minoritaire d'Outokumpu dans Ibercobre, accompagnée des accords en question, ne constituerait pas un moyen permettant aux deux concurrents de concerter leurs politiques d'investissement et leurs activités commerciales. Après qu'Outokumpu eût décidé d'élever sa participation à 51% du capital d'Ibercobre, la Commission referma le dossier, non sans s'être assurée que l'opération n'était pas de nature à faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché. En effet, il n'existait sur le marché des produits concernés aucune véritable barrière, ni en ce qui concerne l'entrée dans la CEE de produits en provenance des pays tiers, ni entre les Etats membres. Par ailleurs, les brevets afférents au processus de production étaient expirés depuis de nombreuses années et la commercialisation ne se caractérisait pas par une fidélité des utilisateurs à une marque. Il existait en outre une concurrence suffisante sur le marché communautaire du fait de la présence d'autres producteurs importants et de la possibilité pour les utilisateurs de s'approvisionner à l'extérieur de la Communauté.

n) *Consolidated Gold Fields/Minorco*⁵³

A la suite d'une plainte de Consolidated Gold Fields contre Minorco, qui avait lancé une offre publique d'achat sur ses actions, la Commission reçut des assurances formelles de Minorco qu'au cas où l'acquisition se réaliserait, elle céderait, dans un délai déterminé, les activités de Consolidated Gold Fields dans le domaine du platine. Afin d'éviter un renforcement de position dominante dans ce domaine, cette cession ne se ferait ni au groupe Anglo-American, ni au groupe de Beers, ni à des entreprises qui leur étaient liées. Minorco s'engageait en outre à consulter la Commission avant la conclusion de la vente et, entre-temps, à ne pas intervenir dans la gestion des sociétés dépendant de Consolidated Gold Fields dans le secteur du platine. Sur la base de ces engagements et des informations dont elle disposait, la Commission rejeta la plainte.

Le souci de la Commission de garantir la concurrence dans les approvisionnements en platine de la Communauté s'expliquait par l'augmentation de la demande des fabricants de catalyseurs destinés à réduire la pollution causée par les gaz d'échappement des voitures.

o) *Stena UK/Houlder Offshore*⁵⁴

Cette affaire a donné l'occasion à la Commission d'examiner les effets verticaux de l'acquisition de Houlder Offshore par Stena UK. Elle constata en effet que ce rachat permettait à Stena de disposer de deux navires de support de plongée qu'utilisait l'un de ses principaux concurrents, Comex, pour ses activités de contrôle, d'entretien, de réparation et de construction dans des stations offshore. Compte tenu de la relation de concurrence existante, la Commission estima qu'il était probable qu'en acquérant ces deux navires, dont les activités de Comex étaient largement tributaires, Stena ne lui offrirait plus qu'un accès limité à ces navires ou en majorerait les coûts d'accès.

L'opération soulevait en outre des objections dans la mesure où elle permettait à Stena de contrôler les participations que Houlder Offshore détenait dans le capital de Comex et où le lien structurel ainsi créé entre deux importants concurrents, Stena et Comex, risquait d'affecter la concurrence sur un marché extrêmement concentré. Après l'intervention de la Commission, Stena et Comex sont convenues de devenir tout à fait indépendantes. Stena s'engageait à vendre à Comex les participations détenues par Houlder Offshore et à louer l'un des navires de support de plongée à Comex pendant deux ans, garantissant ainsi à Comex l'accès à un élément essentiel pour la réalisation de ses activités de plongée

53 19e rapp. concurr., n° 68.

54 Ibid., n° 70.

sous-marine. Etant donné cet arrangement, la Commission classa le dossier sans suite.

p) *Douwe Egberts/Van Nelle*⁵⁵

Dans cette affaire, après de longues hésitations, la Commission décida de ne pas intervenir, malgré l'important accroissement de la position des parties sur le marché du café du Benelux auquel la concentration aurait donné lieu. En effet, la majorité des membres de la Commission considéra que le marché à prendre en considération avait une étendue plus large, compte tenu de l'absence d'obstacles réels aux échanges entre Etats membres, de telle sorte que la position de l'entité résultant de la concentration sur ce marché plus vaste n'aurait pas été de nature à poser des problèmes pour le fonctionnement de la concurrence.

B. Le régime applicable aux concentrations partielles

1. Généralités

18. *La notion de concentration partielle.* Il se peut que la concentration ne porte pas sur l'ensemble des activités des parties, mais que celles-ci conservent des activités indépendantes après la réalisation de l'opération. Ainsi en sera-t-il, par exemple, lorsque la cession porte sur une branche d'activité d'une entreprise diversifiée.

Normalement, les problèmes que posent les concentrations partielles au regard du droit de la concurrence ne sont pas différents de ceux résultant d'une concentration totale, si ce n'est que la cession s'accompagne souvent d'obligations contractuelles ayant pour but d'en assurer l'effectivité (engagement de non-concurrence du vendeur, licence de droits de propriété industrielle, contrats d'approvisionnement...). Il y aura lieu d'examiner ces clauses contractuelles en vue de déterminer si elles présentent le caractère de simples restrictions accessoires, échappant à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1,⁵⁶ ou si, compte tenu de leur nature et de leur durée, elles contreviennent à cette disposition.

L'existence de liens entre les parties peut aussi provenir du fait que le cédant conserve une participation dans le capital et dans la gestion de l'entreprise cédée, celle-ci étant dorénavant soumise au contrôle commun des parties. Le problème sera alors de déterminer si la coopération, nécessaire pour la gestion de l'entreprise commune, est susceptible de relever de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1. Il s'agit d'un problème qui non

⁵⁵ *Bulletin «Europe»* (28 novembre 1990) 11.

⁵⁶ Au sujet des restrictions dites «accessoires» stipulées dans le cas de transfert d'activités, voir la décision *Mécaniver-PPG* du 12 décembre 1984, JOCE L 35/54 du 7 février 1985 ainsi que la communication de la Commission concernant les restrictions accessoires aux concentrations, JOCE C 203/5 du 14 août 1990.

seulement pose de nombreuses difficultés théoriques, mais qui, en outre, présente une grande importance pour la pratique.⁵⁷

19. *La notion d'entreprise commune.* On entend par entreprise commune toute entreprise soumise à un contrôle exercé en commun par deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes les unes des autres.⁵⁸

L'entreprise commune peut résulter de la prise de participation par une des parties dans le capital d'une entreprise précédemment entièrement contrôlée par l'autre. Elle peut aussi résulter de l'apport effectué par deux ou plusieurs entreprises de tout ou partie de leurs activités existantes à une filiale créée conjointement. Enfin, l'entreprise commune peut être établie *de novo* en vue d'entreprendre des activités qu'aucune des fondatrices n'exerçait précédemment. Du point de vue du droit de la concurrence, il n'y a pas lieu de distinguer entre ces différents modes de création.

L'entreprise commune consistera souvent en une société indépendante: on parlera alors de «filiale commune». Toutefois, il existe des cas d'entreprises communes consistant en de simples associations de fait: *partnerships, maatschappen...*⁵⁹

Pour que l'on puisse parler d'entreprise «commune», il faut qu'au moins deux parents soient en mesure de contrôler sa politique industrielle ou commerciale. Il n'est pas nécessaire que le contrôle porte sur la gestion journalière; il faut, mais il suffit, qu'un des parents dispose d'un droit de veto sur les décisions importantes de nature industrielle ou commerciale (politique d'investissements, de recherche, niveau de production, politique de distribution, octroi de licences à des tiers, achat de matières premières...). Le fait qu'un des parents puisse s'opposer à l'adoption de décisions susceptibles d'affecter sa position en tant qu'investisseur (décisions en matière d'émission d'actions nouvelles, d'emprunts ou prêts importants, de distribution de dividendes, de modification des statuts...) ne suffit pas pour que l'on considère que ce parent participe au contrôle de l'entreprise en cause.⁶⁰

Il n'est pas nécessaire que chacun des parents possède un même pourcentage de l'entreprise commune. Ainsi, la Commission a considéré qu'une participation de 25% suffit si l'actionnaire en cause fournit à l'entreprise commune la technologie décisive pour le fonctionnement de celle-ci et qu'il participe à égalité avec l'autre partenaire au comité appelé à donner son ap-

57 Si la participation que conserve le cédant n'est pas suffisante pour lui assurer une influence sur la gestion de l'entreprise cédée, normalement aucun problème n'en résultera pour la concurrence entre les parties: décision *Mécaniver-PPG*, *supra* note 56. Voir aussi *infra* point 37.

58 Voir en ce sens 4^e rapp. concurr., n° 37.

59 Voir, comme exemple, la décision *GEC-Weir Sodium* du 23 novembre 1977, JOCE L 327/26 du 20 décembre 1977.

60 Décision *Cekacan* du 15 octobre 1990, JOCE L 299/64 du 30 octobre 1990.

probation sur certaines décisions importantes, dont l'approbation des budgets.⁶¹

Généralement, les partenaires concluent entre eux un accord destiné à régler l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise commune et notamment le mode de désignation de ses organes, son domaine d'activité, ainsi que les relations entre l'entreprise commune et chacun des partenaires. Toutefois, il n'en est pas nécessairement ainsi: une entreprise commune peut, en dehors de tout accord entre les partenaires, résulter de l'acquisition d'actions en bourse ou auprès des propriétaires précédents, si l'acquéreur obtient par là la possibilité de participer au contrôle, notamment en désignant les membres des organes dirigeants. Une telle situation est toutefois assez rare en pratique.

Une entreprise commune peut aussi exister sans accord formel entre les fondateurs si ceux-ci détiennent chacun la moitié des droits de vote dans la même filiale. En effet, ils devront, même en l'absence d'accord, coopérer de manière à éviter un blocage lors des votes sur les décisions concernant les activités de la filiale commune.

20. *Avantages et inconvénients des entreprises communes pour la concurrence.* Les entreprises communes présentent des avantages non négligeables pour la concurrence. En mettant les parties en mesure de donner une forme institutionnalisée à leur collaboration, elles permettent une meilleure exploitation des synergies résultant d'éventuelles ressources ou connaissances complémentaires. En prévoyant un partage des risques, elles facilitent l'entrée sur des marchés géographiquement distincts ou le développement de produits nouveaux. De même, elles rendent possible l'exploitation d'économies d'échelle par l'utilisation plus rationnelle des capacités de production. Elles peuvent constituer un moyen indispensable pour réaliser la réduction de capacités de production excédentaires. Enfin, elles rendent possible un transfert de technologie plus rapide et plus complet que celui qui se produirait entre entreprises entièrement indépendantes.⁶²

Cependant, les filiales communes peuvent aussi présenter des dangers pour le processus concurrentiel, dans la mesure où elles créent des liens permanents de collaboration entre entreprises concurrentes. La coopération

61 Décision *Mitchell Cotts/Sofiltra* du 17 décembre 1986, JOCE L 41/31 du 11 février 1987.

62 Sur les avantages des filiales communes, voir 7^e rapp. concurr., n° 150; voir aussi Van Uytvanck, «Problèmes relatifs aux filiales communes», *CDE* (1979) 25 et seq.; Ulmer, «Gemeinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht», *WuW* (1979) 433. Ces effets positifs sont reconnus aussi en droit américain: Pitofsky, «Joint Ventures Under the Antitrust Laws: Some Reflections on the Significance of Penn-Olin», 82 *Harv. L. Rev.* (1969) 1007; Brodley, «Joint Ventures and Antitrust Policy», 95 *Harv. L. Rev.* (1982) 1523 de même qu'en droit allemand: G. Wiedemann, *Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht* (1981) 120.

au sein d'une entreprise commune peut représenter une alternative attrayante pour des entreprises ne souhaitant pas se livrer une concurrence trop vive. Même en dehors de toute intention anticoncurrentielle, la multiplication des filiales communes dans certaines industries peut entraîner une altération du climat concurrentiel.⁶³ Ces risques expliquent l'apparent paradoxe qui fait que la Commission applique aux filiales communes un régime plus sévère qu'aux concentrations totales, malgré le fait qu'elles donnent lieu à une modification structurelle moins profonde et durable.⁶⁴

21. *Le problème théorique.* Si l'on comprend les raisons pratiques qui ont amené la Commission à adopter une attitude prudente, voire même soupçonneuse, à l'égard des filiales communes, on ne saurait se dissimuler que, sur le plan théorique, la démarche de la Commission soulève certaines interrogations dans la mesure où elle assimile à des liens d'entente des phénomènes qui sont la conséquence automatique et inéluctable du changement dans les rapports de propriété résultant de la constitution de l'entreprise commune.

Dans son mémorandum sur le problème de la concentration, la Commission a affirmé que:

Lorsque, après la concentration, on reste en présence d'entreprises économiquement autonomes (par exemple dans le cas de la création d'entreprises communes), il conviendra d'examiner soigneusement s'il n'existe pas entre les entreprises participantes, en plus des modifications de la propriété, des accords ou des pratiques concertées au sens de l'article 85, paragraphe 1.

La difficulté consiste à savoir dans quelle mesure la coopération indispensable pour que les sociétés mères puissent gérer l'entreprise commune constitue l'accessoire de la concentration partielle réalisée au sein de l'entreprise commune ou si elle entraîne une restriction indépendante de la concurrence. Dans le premier cas, on lui appliquera le même régime qu'à la concentration elle-même, alors que, dans le second, on la soumettra à examen séparé au titre de l'article 85. Comme nous le verrons, l'inexistence jusqu'en septembre 1991 d'un contrôle effectif des concentrations a incité la Commission à faire une application extensive de l'article 85 aux filiales communes. Depuis la fin 1991, on constate une tendance à admettre avec plus de facilité que les restrictions auxquelles donne lieu la constitution de filiales communes ont un caractère accessoire par rapport à l'aspect «concentration» et échappent de ce fait à l'article 85.

63 Verstrynge, «Problèmes relatifs aux filiales communes», *CDE* (1979) 13 à 15.

64 Sur la justification du «double standard» appliqué par la Commission aux concentrations totales et partielles, voir Bos et Stuyck, *supra* note 26, 309.

22. *Les difficultés pratiques.* Outre la difficulté théorique que nous venons de souligner, l'application de l'article 85 aux entreprises communes soulève des problèmes pratiques considérables, dus à la grande variété des situations qui peuvent se présenter.

On peut tout d'abord distinguer selon la nature des tâches confiées à l'entreprise commune. Celle-ci se charge-t-elle de l'achat des matières premières ou ces matières lui sont-elles apportées par chaque parent dans le cadre d'un contrat de travail à façon? Exerce-t-elle des activités de production? De recherche? Se charge-t-elle elle-même de la distribution ou livre-t-elle ses produits aux parents?

On peut aussi distinguer selon que les rapports entre l'entreprise commune et ses parents sont de nature horizontale, verticale ou conglomerale. Les rapports entre les parents peuvent, eux-mêmes, être de nature différente, ce qui introduit une complication supplémentaire dans l'analyse: la filiale commune pourra, par exemple, se trouver dans un rapport horizontal avec l'un des parents et vertical ou conglomeral avec un autre...

Enfin, il faut tenir compte de l'importance économique relative des activités des entreprises communes et de celles des parents: plus les tâches accomplies par la filiale commune présenteront d'importance par rapport aux activités des parents, plus grand sera l'effet probable de leur collaboration sur leurs activités indépendantes.

23. *L'approche de la Commission.* Ce n'est qu'à partir de la fin de 1974 que la Commission a commencé à définir son attitude à l'égard des entreprises communes. Dans un premier temps, elle s'est principalement attachée aux conséquences que la coopération des parents dans le cadre de l'entreprise commune pouvait avoir sur leurs relations futures mutuelles ou avec les tiers. A partir de 1982, le champ de l'examen de la Commission s'élargit et englobe les effets de la création de l'entreprise commune, d'une part, sur les relations entre l'entreprise commune et les parents envisagés individuellement et, d'autre part, sur la concurrence existante entre les parents ou avec les tiers. Enfin, depuis la fin de 1987, la Commission introduit dans l'analyse un nouvel élément consistant à rechercher si la filiale commune constitue une unité économique à part entière capable d'exercer ses activités de manière indépendante.

2. La première phase (1974-1981): examen des effets sur les activités demeurées indépendantes des parents

24. *Le traitement des «coopérations institutionnalisées».* Dès la première phase – et son attitude n'a pas varié par la suite quant à cet aspect – la Commission considéra que l'application de l'article 85 était certaine

lorsqu'on se trouvait en présence d'organismes communs institutionnalisant une coopération entre les parties dans un domaine déterminé, soit en prenant eux-mêmes une forme relevant du droit des sociétés, soit en instituant une société pour leur exécution.⁶⁵ Tel est le cas lorsqu'un certain nombre d'entreprises constituent une société en vue de la prospection en commun des marchés d'exportation,⁶⁶ de la recherche à l'étranger de produits à acheter,⁶⁷ de la vente en commun de leurs produits⁶⁸ ou de la recherche en commun.⁶⁹

Dans de tels cas, la concentration ne concerne que certaines fonctions d'entreprise⁷⁰ et n'a pas pour effet la création d'une véritable *entreprise* commune. Si les partenaires sont concurrents, la mise en commun de ces fonctions entraîne inévitablement une restriction de leur capacité de les utiliser pour se faire concurrence. Ainsi, la Commission a considéré, dans le cas d'une filiale de vente en commun établie par trois fabricants d'engrais, que même si ces fabricants n'étaient pas liés par un accord exprès d'exclusivité, on ne pouvait guère s'attendre à ce que, en tant que sociétés mères, ils fassent concurrence à leur filiale commune. Même s'ils décidaient d'agir sur le même marché que celle-ci, ils tiendraient inévitablement compte de la politique de vente arrêtée de commun accord dans le cadre de la filiale commune et ils aligneraient leurs opérations de vente éventuelles sur cette politique décidée en commun.⁷¹

25. *Les filiales communes à caractère «concentratif».* A l'autre extrémité du spectre, on trouve les filiales communes dans lesquelles les partenaires regroupent l'ensemble de leurs activités dans un domaine déterminé et ne conservent aucune activité se trouvant en relation horizontale ou verticale avec celles de la filiale commune.

Dans de tels cas, il n'y a pas lieu de craindre que la collaboration entre parties dans le cadre de la filiale commune ne déteigne sur leurs relations concurrentielles, puisque celles-ci ont, par hypothèse, cessé d'exister. Il n'y a pas davantage de risque que cette collaboration avantage les parties dans leurs relations avec les tiers en leur réservant un accès privilégié à une source d'approvisionnement ou à un débouché, puisque, de nouveau par

65 Voir 4e rapp. concurr., n° 38.

66 Décision *Alliance de Constructeurs Français de Machines-Outils* du 17 juillet 1968, JOCE L 201/1 du 12 août 1968.

67 Décision *Socemas* du 17 juillet 1968, JOCE L 201/4 du 12 août 1968.

68 Décision *Cobelaz et CFA* du 6 novembre 1968, JOCE L 276/13, 19 et 29 du 14 novembre 1968, et *Supexie* du 23 décembre 1970, JOCE L 12/10 du 3 janvier 1971.

69 Décision *Henkel-Colgate* du 23 décembre 1971, JOCE L 14/14 du 18 janvier 1972.

70 C'est ce que les Allemands appellent *Funktionsgemeinschaften*.

71 Décision *Floral* du 28 novembre 1979, JOCE L 39/51 du 15 février 1980. Voir aussi la décision *Nederlandse Cement-Handelmaatschappij* du 23 décembre 1971, JOCE L 22/16 du 26 janvier 1972.

hypothèse, il n'existe aucune relation verticale entre les parents et la filiale commune.

La Commission considère que de telles filiales communes entraînent une «concentration partielle» et échappent, de ce fait, à l'article 85, paragraphe 1. Il en est ainsi non seulement lorsque les deux fondateurs disparaissent complètement et définitivement du secteur d'activité de l'entreprise commune, mais aussi lorsque le retrait ne concerne qu'une des parties.⁷² Une telle attitude est justifiée⁷³ dans la mesure où l'on estime qu'il ne faut prendre en considération que les effets de l'entreprise commune sur les rapports entre les fondateurs entre eux ou avec les tiers.

26. *Autres filiales communes sans caractère restrictif.* En dehors de toute concentration, qu'elle soit totale ou partielle, des activités des sociétés mères, une filiale commune échappera à l'article 85 lorsqu'elle reste étrangère aux domaines d'activités actuelles ou potentielles des sociétés mères. Dans un tel cas, sa création n'a qu'un effet positif, puisqu'elle fait apparaître un nouveau concurrent.⁷⁴ Il en va de même lorsque l'entreprise commune regroupe des activités des fondateurs dans un domaine où ils ne sont pas en mesure de pénétrer ou de se maintenir individuellement.⁷⁵

De même, lorsque les activités de la filiale commune se limitent à des formes de coopération entre entreprises qui, par nature, ne sont pas restrictives de concurrence, sa création et son fonctionnement ne seront pas susceptibles de tomber sous le coup de l'article 85, paragraphe 1. Il en est ainsi notamment des filiales communes qui se limitent à offrir des services en matière de fiscalité, de gestion d'entreprise, de recherche d'informations, de garanties de crédit ou d'encaissement, tout comme de celles qui sont chargées d'assurer du point de vue technique ou de l'organisation l'utilisation en commun d'installations de production existantes, de moyens de stockage ou de transport. Echappent aussi à l'interdiction les entreprises communes qui s'occupent de publicité pour le compte des parents ou gèrent pour ceux-ci un système de label de qualité, lorsque la liberté d'action des parents reste intacte et que la position des tiers n'est pas affectée.⁷⁶

72 Décision *SHV/Chevron* du 20 décembre 1974, JOCE L 38/14 du 12 février 1975; affaire *Kaiser/Estel*, 9^e rapp. concurr., n° 131.

73 Pour autant qu'il n'existe pas de relation verticale ou de concurrence potentielle entre l'autre partenaire et l'entreprise commune.

74 Projet de communication de la Commission relative à l'appréciation des entreprises communes de nature coopérative au titre de l'article 85 du traité CEE, document IV/647/91-F, 4. Voir aussi décision *Elopak/Metal Box-Odin* du 13 juillet 1990, JOCE L 209/15 du 8 août 1990.

75 Décision *Konsortium ECR 900* du 27 juillet 1990, JOCE L 228/31 du 22 août 1990.

76 Projet de communication sur les entreprises communes coopératives, *supra* note 74, 8 et 9.

27. *Les filiales communes à caractère mixte.* Le problème est plus complexe lorsque l'accord, tout en donnant naissance à une unité économique autonome qui remplit toutes les fonctions d'une entreprise à part entière, laisse subsister une relation de concurrence actuelle ou potentielle entre les entreprises fondatrices ou se trouve en relation verticale avec celles-ci ou l'une d'elles. Dans ce cas, la Commission considère que la coopération entre les entreprises fondatrices dans le cadre de la filiale commune est susceptible d'affecter la concurrence entre elles ou avec les tiers. Même si l'aspect «concentration» est ici plus prononcé que lorsqu'il s'agit de simples coopérations institutionnalisées, la Commission considère que les accords donnant naissance à de telles entreprises communes peuvent tomber sous le coup de l'article 85, paragraphe 1.

La pratique de la Commission permet de distinguer les cas suivants:

a) *Entreprises communes exerçant leurs activités dans le même domaine que les parents*

La Commission considère que l'exercice du contrôle en commun entraîne inévitablement des répercussions sur la concurrence entre les entreprises mères dans la mesure où celles-ci tiendront nécessairement compte, dans l'élaboration de leurs politiques commerciales propres, des décisions adoptées et des informations obtenues dans le cadre de la gestion de l'entreprise commune. C'est ce que la Commission a appelé, dans le cadre du traité CECA, «l'effet de groupe». ⁷⁷ La Commission est généralement peu encline à exempter de telles entreprises communes en application de l'article 85, paragraphe 3. ⁷⁸

b) *Entreprises communes exerçant leurs activités dans un domaine où les sociétés mères seraient capables d'entrer individuellement*

Lorsque les sociétés mères, sans être présentes dans le domaine d'activité de l'entreprise commune, seraient capables d'y pénétrer individuellement, la Commission considère que la création de l'entreprise commune a pour conséquence d'empêcher la concurrence potentielle. ⁷⁹ Toutefois, dans la mesure

77 C'est à l'occasion de la fondation de l'entreprise commune Sidmar que la Haute Autorité a, pour la première fois, eu recours à la notion d'«effet de groupe» pour caractériser les conséquences résultant nécessairement pour les entreprises fondatrices de leur collaboration dans le cadre d'une entreprise commune. Toutefois, cet «effet de groupe» n'était pas apprécié en fonction des règles relatives à l'interdiction des ententes (article 65 du traité CECA), mais bien en fonction des règles relatives au contrôle des concentrations (article 66 du traité CECA). Voir 11^e rapport général de la Haute Autorité, n^{os} 346 à 351; Matthies, «Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion», in *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Frans Böhm* (1965) 319 et seq.

78 Pour un exemple, voir l'affaire *TWIL/Bridon*, 19^e rapp. concurr., n^o 64.

79 Voir décision *KEWA* du 23 décembre 1975, JOCE L 51/15 du 26 février 1976; décisions *Vacuum Interrupters* du 20 janvier 1977, JOCE L 48/32 du 19 février 1977 et du 11 décembre 1980, JOCE L 383/1 du 31 décembre 1980; décisions *De Laval-Stork* du

où elle admet que la coopération entre les parties au sein de l'entreprise commune entraîne des avantages économiques – notamment en permettant une pénétration plus rapide ou plus efficace sur un marché nouveau – elle est disposée à accorder une exemption en vertu de l'article 85, paragraphe 3.

c) *Entreprises communes exerçant leurs activités dans un domaine voisin de celui où opèrent les sociétés mères*

Lorsque l'entreprise commune exerce ses activités dans un domaine proche de celui où opèrent les sociétés mères, la Commission considère que ces dernières peuvent être «incitées» à étendre le champ de leur collaboration à ces autres domaines.⁸⁰ Un tel risque suffit pour que la Commission estime l'article 85, paragraphe 1, applicable même si, dans la plupart des cas, elle accorde une exemption. Il s'agit là d'une extension de la notion d'«effet de groupe».

d) *Entreprises communes exerçant leurs activités en amont ou en aval des sociétés mères*

Lorsqu'il existe une relation verticale entre le domaine d'activité de l'entreprise commune et ceux où opèrent les sociétés mères, la Commission estime que la concurrence peut être restreinte de deux manières: d'une part, du fait que les sociétés mères ont le même fournisseur ou le même débouché risque de résulter une coordination de leurs activités; d'autre part, l'existence de liens d'intégration entre les sociétés mères et leur fournisseur ou débouché risque de les privilégier par rapport aux entreprises tierces ne bénéficiant pas d'une telle intégration.⁸¹ La Commission adopte une attitude restrictive à l'égard de ces filiales communes.⁸²

Si l'entreprise commune fabrique des avant-produits ou des produits intermédiaires qu'elle livre à ses parents, la restriction de concurrence entre ces derniers est d'autant plus probable que l'importance de l'avant-produit ou du produit intermédiaire dans la fabrication du produit fini est grande.

25 juillet 1977, JOCE L 215/11 du 23 août 1977 et du 22 décembre 1987, JOCE L 59/32 du 4 mars 1988; décision *GEC/Weir Sodium* du 23 novembre 1977, JOCE L 327/26 du 20 décembre 1977; décision *Rockwell/Iveco* du 14 juillet 1983, JOCE L 224/19 du 17 août 1983; décision *Carbon Gas Technology* du 8 décembre 1983, JOCE L 376/17 du 31 décembre 1983.

80 Décision *GEC/Weir Sodium* précitée, *supra* note 59.

81 Voir notamment la décision *Wano Schwarzpulver* du 20 octobre 1978, JOCE L 322/26 du 16 novembre 1978; l'affaire *ICI/Montedison*, *Bull. C.E.* du 7 août 1977, n° 2.1.30; décision *Eirpage* du 18 octobre 1991, JOCE L 306/22 du 7 novembre 1991; voir aussi, dans le domaine d'application des règles CECA, la décision *Redland-AAH Holdings-British Coal Corporation* du 9 juillet 1987, JOCE L 224/16 du 12 août 1987.

82 Ainsi, dans l'affaire *Wano Schwarzpulver*, la Commission a-t-elle interdit la création de la filiale commune. Dans les affaires *ICI/Montedison*, *Eirpage* et *Redland-AAH Holdings-British Coal Corporation*, la Commission a subordonné l'exemption à des conditions assez sévères.

Ainsi, si la part de l'avant-produit ou du produit intermédiaire dans le coût du produit fini représente une fraction importante du coût total, la concurrence de prix entre les fondateurs ne peut jouer qu'un rôle limité. Lorsque l'entreprise commune fabrique l'ensemble du produit qu'elle livre aux fondateurs en vue de la revente, la marge concurrentielle des fondateurs est d'autant plus réduite. La Commission considère que la concurrence entre eux est restreinte au sens de l'article 85, paragraphe 1, même s'ils écoulent les produits de l'entreprise commune sous des marques différentes.⁸³

28. *Critique de la position de la Commission.* La position de la Commission décrite ci-dessus peut être critiquée à plus d'un titre. En premier lieu, le recours à la notion de «concentration partielle» pour faire échapper certaines entreprises communes à l'article 85, paragraphe 1, perd de vue que toute entreprise commune, quelle qu'elle soit, entraîne une concentration partielle des activités des entreprises fondatrices. La véritable question est de déterminer si l'aspect «concentration» est prépondérant, au point que les éventuelles restrictions de concurrence qui en sont la conséquence obligée peuvent être considérées comme simplement accessoires – et échapper de ce fait à l'article 85, paragraphe 1 – ou si l'aspect principal de l'accord consiste en l'établissement d'une coopération entre les parties quant à leurs activités indépendantes. Le simple fait que les parents exercent leurs activités dans un domaine voisin de l'entreprise commune et qu'il existe une concurrence potentielle entre eux et l'entreprise commune ne devrait pas suffire pour qu'on doive considérer celle-ci comme résultant d'un accord interdit.

Les inconvénients pratiques dérivant de la position de la Commission ont été aggravés par l'interprétation extensive donnée pendant cette première phase à la notion de concurrence potentielle. Ainsi la Commission est-elle allée jusqu'à considérer que le simple fait que les parties possèdent la technologie suffisante ou qu'elles «auraient pu être tentées d'étendre leur production» au domaine réservé à l'entreprise commune suffisait pour établir une relation de concurrence potentielle.⁸⁴

En outre, regarder la disparition de la concurrence potentielle comme une restriction de concurrence visée par l'article 85, paragraphe 1, n'est guère compatible avec la thèse selon laquelle les concentrations échappent à cette disposition. En effet, la disparition de la concurrence potentielle est l'effet

83 Projet de communication sur les entreprises communes coopératives, précité, 11 et 12. Voir aussi la décision *Olivetti c. Canon* du 22 décembre 1987, JOCE L 52/51 du 26 février 1988.

84 Voir les décisions *KEWA* et *Vacuum Interrupters*, *supra* note 79.

de la concentration des activités des parties au sein de l'entreprise commune et non d'un accord qui puisse être séparé de celle-ci.⁸⁵

En donnant une application aussi étendue à l'article 85, paragraphe 1, la Commission a jeté le doute sur la validité juridique d'un grand nombre d'opérations dont elle admet en définitive le caractère pro-concurrentiel lorsqu'elle les examine au titre de l'article 85, paragraphe 3. Une telle démarche aboutit, d'une part, à imposer aux services de la Commission, déjà surchargés, la tâche d'examiner un grand nombre de cas ne présentant pas de danger sérieux pour la concurrence et, d'autre part, à obliger les entreprises à une longue attente avant de pouvoir obtenir l'assurance qu'elles opèrent légalement.⁸⁶

3. La deuxième phase (1982-1987): prise en considération d'autres effets de l'entreprise commune sur la concurrence

29. *Les effets sur les relations entre l'entreprise commune et l'un des parents: l'affaire Philip Morris.* Dans cette affaire,⁸⁷ la Commission a considéré que les accords de 1981 par lesquels Philip Morris acquérait de Rembrandt Group une participation de 50% dans la holding qui contrôlait Rothmans International, Rembrandt Group continuant à détenir les 50% restants, étaient contraires à l'article 85, paragraphe 1. Cette position ne se fondait pas sur l'existence d'une concurrence potentielle entre Philip Morris et Rembrandt Group qui aurait pu être restreinte par l'exercice de leur contrôle commun sur Rothmans International, mais sur la coordination de comportement entre Philip Morris et Rothmans International qui, selon la Commission, résulterait de ces accords. La Commission n'a donc pas pris en considération les effets de l'accord sur les relations mutuelles des parties, mais bien ses effets sur les relations entre Philip Morris et l'entreprise – Rothmans International – sur laquelle Philip Morris acquérait un contrôle conjoint. Ce faisant, la Commission se départissait de la position adoptée

85 Voir Frignani, «Concentrazioni e joint ventures nella CEE: recenti sviluppi e prospettive», extrait de *Il Foro Padano*, n^{os} 1 à 4 (1980) 18 et 19; Lutz, «Gemeinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht», *RfW* (1980) 251 et 252.

86 Parmi les critiques de la politique de la Commission concernant les filiales communes, voir, outre celles citées précédemment, Steindorff, «Zur Anwendbarkeit des Art. 85 Abs. 1 EWG Vertrag auf Gemeinschaftsunternehmen in der EG Praxis», *Betriebs-Berater* (1977) 1613, 1616 et 1617; Defalque, «Filiales communes et droit de la concurrence», *CDE* (1978) 59; Van Uytvanck, *supra* note 62, *ibid.*, 25; Ulmer, «Gemeinschaftsunternehmen im EG Kartellrecht», *WuW* (1979) 433, 438; Maciver, «EEC Competition Policy in High Technology Industries», 1985 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1986, 521; Korah, «EEC Competition Policy – Legal Form or Economic Efficiency», *Current Legal Problems* (1986) 85, 91 et seq.; Waelbroeck, «Economic Analysis Under Article 85 §1 and Article 85 §3», 1987 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1988, 653.

87 Voir *supra* point 12 et *infra* point 37.

dans les affaires *SHV/Chevron* et *Kaiser/Estel*.⁸⁸ En effet, elle ne considérait plus que la question décisive était «de savoir si la coopération dans le cadre de l'entreprise commune a pour objet ou pour effet de limiter sensiblement la concurrence entre les fondateurs ou entre ceux-ci et d'autres entreprises»,⁸⁹ mais bien de savoir si cette coopération limite sensiblement la concurrence entre l'un des fondateurs et l'entreprise commune.⁹⁰

30. *Les effets sur les relations entre l'entreprise commune et l'un des parents: l'affaire Mitchell Cotts/Sofiltra*. Quatre années plus tard, dans sa décision *Mitchell Cotts/Sofiltra* du 17 décembre 1986, la Commission adoptait la même position, considérant que l'article 85 était applicable du fait que l'accord restreignait la concurrence entre une des sociétés mères et la filiale commune. Or, les parents n'étaient concurrents ni actuels ni potentiels et l'accord n'entraînait aucun risque d'exclusion pour les tiers. La Commission affirma explicitement qu'il y avait lieu de considérer que Sofiltra et l'entreprise commune étaient des concurrents et que les restrictions territoriales convenues entre elles devaient être analysées au titre de l'article 85, paragraphe 1.

31. *L'élimination de la concurrence entre les parents: l'affaire Amersham/Buchler*. Dans une décision passée relativement inaperçue,⁹¹ la Commission appliqua l'article 85 à un accord par lequel une des parties, Buchler, transférait l'ensemble de sa division de produits radioactifs à une entreprise contrôlée en commun par elle et Amersham, autre producteur de produits radioactifs. La Commission se contenta d'affirmer que l'accord restreignait la concurrence entre parties dans le domaine de la production de matériaux radioactifs, même si elle ajoutait que cette restriction, quoique «sensible», n'était pas «très grave».

Encore une fois, cette décision marque une évolution par rapport à la position antérieure de la Commission selon laquelle l'application de l'article 85 à un accord créant une entreprise commune «présuppose qu'après cette création, les fondateurs de l'entreprise commune demeurent au moins des concurrents potentiels». ⁹² Or, en l'espèce, Buchler cessait d'exister en tant que concurrent actuel ou potentiel.

88 Voir *supra* point 25.

89 Voir en ce sens 6e rapp. concurr., n° 55.

90 La Commission n'adopta pas de décision formelle à ce stade, les parties ayant convenu de modifier leurs accords afin de les rendre compatibles avec ses vues.

91 Décision *Amersham/Buchler* du 29 octobre 1982, JOCE L 314/34 du 10 novembre 1982.

92 6e rapp. concurr., n° 55.

32. *L'effet de réseau: l'affaire Fibres optiques.* Par décision du 14 juillet 1986,⁹³ la Commission considéra que les accords par lesquels la société américaine Corning Glass Works avait créé des filiales communes, d'une part, avec Siemens en Allemagne et, d'autre part, avec BICC au Royaume-Uni, contrevenaient à l'article 85, paragraphe 1. La Commission considéra que l'apport financier de Corning aux filiales communes, son pouvoir de nommer des représentants à des postes techniques et financiers importants ainsi que le fait qu'elle détenait la technologie utilisée assureraient à Corning une position lui permettant d'influencer et de coordonner la conduite des entreprises communes, restreignant ainsi la concurrence entre celles-ci. La Commission releva expressément l'absence de concurrence potentielle entre Corning, d'une part, et Siemens et BICC, de l'autre.

Encore une fois, ce ne sont pas les relations entre les sociétés mères qui ont été prises en considération, mais bien l'effet que la participation d'une société mère à un réseau d'entreprises communes pouvait avoir sur les relations entre les entreprises communes.

33. *Critique.* Il ne se justifie pas d'appliquer l'article 85 aux relations entre une société mère et sa filiale.⁹⁴ Le fait qu'une société mère partage le contrôle de sa filiale avec une autre ne justifie pas une solution différente du moment que l'autre société mère n'est pas sa concurrente et qu'il n'existe aucun rapport vertical entre elles. En effet, ce n'est que dans cette hypothèse que l'existence de la filiale commune pourra affecter les relations concurrentielles entre les sociétés mères ou à l'égard des tiers. Condamner comme contraire à l'article 85 un accord au motif qu'il restreint la concurrence entre une des sociétés mères et la filiale signifie que l'on considère que le Traité a pour objet de protéger la concurrence entre société mère et filiale. Or, en raison du contrôle qu'elle exerce sur la filiale, la société mère est en toute hypothèse en mesure de restreindre cette concurrence. La thèse de la Commission est donc contraire tant aux réalités économiques⁹⁵ qu'à la jurisprudence de la Cour⁹⁶ selon laquelle les rapports entre une société mère et sa filiale échappent à l'article 85. La position de la Commission à l'égard des

93 JOCE L 236/30 du 22 août 1986.

94 En effet, dans la mesure où la société mère contrôle la filiale, il n'existe entre les deux aucune virtualité de concurrence en l'absence de toute possibilité de volonté indépendante de la filiale: voir arrêt du 12 juillet 1984, *Hydrotherm c. Compact*, affaire 170/83, *Recueil*, Rec. 2999, attendu 11.

95 Le fait qu'une entreprise commune n'est pas en mesure de faire concurrence à ses sociétés mères vu l'absence de toute indépendance économique a été reconnu par d'éminents fonctionnaires de la Direction générale de la Concurrence: Ritter et Overbury, «An Attempt at a Practical Approach to Joint Ventures Under EEC Rules of Competition», *CML Rev.* (1977) 601, 613; Verstryngge, *supra* note 63, *ibid.*, 13, 21. Voir aussi Bos et Stuyck, *supra* note 26, *ibid.*, 301, 311 et 312.

96 Arrêt du 31 octobre 1974, *Centrafarm c. Sterling Drug*, affaire 15/74, Rec. 1147, attendu 41.

accords de 1981 entre Philip Morris et Rembrandt Group, de même que celle prise dans l'affaire *Mitchell Cotts/Sofiltra*, nous paraît dès lors critiquable.

De même, considérer, comme la Commission l'a fait dans l'affaire *Amersham/Buchler*, qu'est contraire à l'article 85 l'élimination de la concurrence résultant de l'apport par une des sociétés mères à l'entreprise commune de l'ensemble de ses activités dans un secteur est incompatible avec la thèse selon laquelle les concentrations échappent à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1. Il n'y a aucune raison de traiter différemment l'accord par lequel une entreprise cède à un concurrent l'ensemble de ses activités dans un secteur contre espèces et celui par lequel elle cède ces activités au même concurrent (ou à une filiale de celui-ci) en échange d'actions, du moment qu'il ne subsiste entre les parties aucun rapport horizontal ou vertical après l'exécution de l'opération. En soi, le fait que le contrôle ne soit pas exclusif est sans pertinence au regard du droit de la concurrence. Ce n'est que si l'entreprise avec laquelle la première partage le contrôle exerce ses activités sur le même marché ou sur un marché en aval ou en amont de celui sur lequel la première est active qu'il existe un risque de coordination du comportement des parties ou de création d'une position privilégiée par rapport aux tiers.

La position de la Commission dans l'affaire *Fibres optiques* s'expose, elle aussi, à la critique dans la mesure où elle considère que l'exercice par Corning du contrôle que sa participation au capital des filiales communes lui permettait d'exercer sur elles était susceptible d'enfreindre l'article 85, paragraphe 1. En considérant les entreprises communes comme des concurrentes et en interdisant à Corning d'exercer sur elles son contrôle, la position de la Commission soulève les mêmes critiques que celles évoquées à l'égard des affaires *Philip Morris* et *Mitchell Cotts/Sofiltra*. La décision *Fibres optiques* aurait été mieux motivée si la Commission avait considéré que la position centrale de Corning pouvait faciliter la transmission d'informations et la coordination du comportement des partenaires respectifs de Corning, à savoir Siemens et BICC, ceux-ci étant concurrents l'un de l'autre.⁹⁷

97 C'est par l'existence d'un risque de coordination entre partenaires concurrents que, dans son projet de communication sur les entreprises communes coopératives (*supra* note 74, 14) la Commission justifie l'applicabilité de l'article 85 §1 aux réseaux d'entreprises communes créés par une même entreprise et pour un même marché avec une série de partenaires différents.

4. La troisième phase (1988-1990): l'exigence d'une entité économique autonome

34. *Les affaires Enichem/ICI et Iveco/Ford*. Dans deux décisions datant de la fin de 1987, la Commission a justifié l'application de l'article 85, paragraphe 1, non seulement par la relation de concurrence potentielle qui subsistait entre les parents, mais aussi par le fait que l'entreprise commune ne constituait pas une entité économique autonome. Ainsi, dans la décision *Enichem c. ICI* du 22 décembre 1987, elle a considéré que l'on ne se trouvait pas en présence d'une concentration partielle, vu l'absence de transfert d'actifs à l'entreprise commune et la nécessité pour celle-ci d'obtenir les matières premières et les services nécessaires à ses activités auprès des sociétés mères.⁹⁸ De même, dans la décision *Iveco c. Ford* du 20 juillet 1988, le fait que Ford UK renonçait à la production de véhicules industriels et utilitaires en Europe n'a pas été jugé suffisant pour que l'accord par lequel cette société cédait ces activités à une entreprise détenue en commun avec Iveco, important producteur concurrent, échappe à l'article 85, paragraphe 1. D'une part, le groupe Ford continuait à produire des véhicules industriels et utilitaires aux Etats-Unis et, d'autre part, l'entreprise commune ne pouvait pas être considérée comme «un nouveau concurrent indépendant», mais continuait, selon la Commission, à être soumise au contrôle et à l'influence de chacune des sociétés mères et notamment de Ford UK.⁹⁹

35. *Critique*. L'exigence que l'entreprise commune constitue une entité économique autonome est sans pertinence lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets de la création de l'entreprise commune sur la concurrence. Ce n'est pas parce que l'entreprise commune dispose de son propre personnel, de ses propres moyens de production et de ses propres matières premières qu'elle peut échapper à l'application de l'article 85, paragraphe 1. Ce qui importe, c'est qu'elle n'affecte pas la concurrence entre les parties ou entre celles-ci et les tiers.

Par ailleurs, la notion selon laquelle il faudrait que les parties ne soient pas en mesure d'exercer leur contrôle sur le comportement commercial de l'entreprise commune aboutit à nier qu'une entreprise commune puisse jamais échapper à l'article 85, paragraphe 1, puisque, par définition, l'entreprise commune est celle qui est soumise au contrôle commun de deux ou plusieurs autres entreprises.

98 JOCE L 50/18 du 24 février 1987.

99 JOCE L 230/39 du 19 août 1988.

C. Autres situations intermédiaires

36. *Introduction.* Outre les entreprises communes, il existe de nombreuses situations dans lesquelles le choix entre l'application de l'article 85 et celle de l'article 86 peut s'avérer délicat. Il en est notamment ainsi des prises de participation minoritaire, des participations croisées et des unions personnelles entre dirigeants.

37. *Les prises de participation minoritaire.* L'acquisition d'une participation minoritaire dans une autre entreprise peut équivaloir à une concentration si, en raison de la dispersion du capital, l'acquéreur est en mesure d'exercer un contrôle effectif sur l'entreprise et de nommer ses représentants dans les organes dirigeants de celle-ci. En pareille hypothèse, la Commission considère que la prise de participation échappe à l'article 85 et que sa compatibilité avec le Traité ne peut être examinée qu'à la lumière de l'article 86.

Le cas des prises de participation n'aboutissant pas au contrôle est resté discuté jusqu'à l'arrêt *Philip Morris*. D'une part, on soutenait que ces prises de participation diminuent l'intensité de la concurrence, l'acquéreur n'ayant guère d'incitation à faire concurrence à une entreprise dans laquelle il investit, alors que celle-ci, de son côté, hésitera à mener la vie trop dure à un de ses principaux actionnaires.¹⁰⁰ D'autre part, il semblait difficile d'appréhender de telles conséquences en vertu de l'article 85, paragraphe 1, dans la mesure où elles se rattachent indissolublement au transfert de la propriété des actions et que celui-ci n'est pas considéré en tant que tel comme susceptible d'être interdit par l'article 85, paragraphe 1.

Dans l'arrêt *Philip Morris* du 17 novembre 1987, la Cour a considéré, comme nous l'avons vu, que le fait pour une entreprise de prendre une participation dans le capital d'une entreprise concurrente «ne constitue pas en soi un comportement restrictif de concurrence». Elle ajouta cependant qu'il en va autrement si la prise de participation constitue «un moyen apte à influencer sur le comportement commercial des entreprises en cause, de manière à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché».¹⁰¹

Il semble en résulter que la prise de participation contrevient par elle-même à l'article 85 si elle permet d'influencer le comportement commercial des entreprises en cause, sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'elle constitue l'exécution d'un accord ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. Nous pensons toutefois que la Cour n'irait pas jusqu'à considérer qu'une acquisition d'actions réalisée en dehors de tout accord entre les entreprises intéressées – par exemple par achat en

100 Voir Temple Lang, «Joint Ventures Under the EEC Treaty Rules on Competition», *The Irish Jurist* (1977) 15, 32.

101 Voir *supra* point 12.

bourse ou à la suite d'une offre publique hostile – tomberait sous le coup de l'article 85, paragraphe 1.

Depuis l'arrêt *Philip Morris*, la Commission est intervenue à plusieurs reprises pour s'opposer à des acquisitions de participations minoritaires par une entreprise dans le capital d'un concurrent, lorsqu'une telle acquisition lui paraissait de nature à restreindre de manière sensible la concurrence entre les parties.¹⁰²

38. *Les participations croisées.* Des effets restrictifs plus importants peuvent apparaître lorsque des entreprises concurrentes acquièrent réciproquement des participations minoritaires dans le capital les unes des autres. De telles participations croisées, surtout lorsqu'elles sont combinées avec une représentation dans les organes de gestion des partenaires, sont de nature à créer des possibilités d'information mutuelle et d'influence réciproque. Elles rendent possible une coordination du comportement des parties en cause sur le marché.¹⁰³ Un jugement analogue doit être porté sur les opérations par lesquelles plusieurs entreprises concurrentes prennent des participations minoritaires dans le capital d'un tiers concurrent, qui ne leur confèrent pas le contrôle en commun de ce dernier, mais leur assurent des possibilités de concertation ou d'alignement de leurs comportements concurrentiels.¹⁰⁴

39. *Les échanges d'administrateurs.* Lorsque deux entreprises concurrentes conviennent que chacune acceptera dans ses organes dirigeants un représentant de l'autre et qu'il n'existe pas d'autre lien susceptible d'entraîner la constitution d'un groupe horizontal entre les deux entreprises,¹⁰⁵ la Commission considère que l'article 85, paragraphe 1, est applicable. En effet, un tel échange d'administrateurs permet aux parties de demeurer en contact étroit pendant la durée de l'accord. Chacune est à tout moment en mesure de s'assurer du comportement de l'autre et est en mesure de l'influencer, ce qui peut aboutir à une concertation entre elles.¹⁰⁶

Dans l'application des articles 65 et 66 du traité CECA, la Commission a souvent subordonné son autorisation de concentrations à ce que les

102 Voir l'affaire *Hudsons Bay and Annings Ltd/Dansk Pelsdyravlerforening*, 19e rapp. concurr., n° 42 et l'affaire *Stena/Houlder Offshore*, ibid., n° 70. En revanche, lorsque la participation minoritaire est peu importante et qu'elle n'a qu'un caractère transitoire dans la perspective d'un désengagement total, la Commission est disposée à la considérer comme admissible: affaire *Mécaniver-PPG*, supra note 56.

103 Projet de communication relative aux entreprises communes coopératives, supra note 74, 22.

104 Ibid.

105 Sur la notion de groupe horizontal, voir supra point 6.

106 Voir l'affaire *British Industrial Sand/Sablères et Carrières Réunies*, 6e rapp. concurr., n° 122 et seq., spécialement 125.

dirigeants d'une entreprise n'exercent pas de fonctions dans les organes de gestion d'entreprises concurrentes.¹⁰⁷

III. Le régime établi par le règlement 4064/89

40. *La genèse du règlement 4064/89.* Comme on l'a vu,¹⁰⁸ quelques mois seulement après l'arrêt *Continental Can*, la Commission soumettait au Conseil une proposition tendant à instaurer un contrôle préalable des concentrations.

Cette proposition se heurta initialement à l'opposition de plusieurs Etats membres. Certains, notamment les pays méditerranéens, estimaient que les dimensions de leurs entreprises étaient en général trop faibles et que l'adoption du règlement risquerait de freiner un mouvement de concentration nécessaire. Ils souhaitaient pouvoir garder les mains libres en vue d'encourager des regroupements pour des raisons de politique industrielle, régionale ou sociale. Les Etats du Nord, principalement la République fédérale d'Allemagne et le Royaume-Uni, ne voulaient pas donner à la Commission le pouvoir d'exempter les concentrations contribuant à la réalisation des objectifs du Traité de crainte qu'elle ne les utilise pour réaliser une politique industrielle à l'échelle communautaire, alors que leurs gouvernements de l'époque fondaient leur politique économique sur les principes du libéralisme. En outre, ces Etats disposaient déjà d'un arsenal législatif leur permettant de contrôler les concentrations et n'étaient dès lors guère désireux de transférer ce pouvoir à la Communauté.

Toutefois, les inconvénients d'une situation dans laquelle une concentration produisant ses effets à l'échelle communautaire risquait d'être interdite dans un Etat membre, alors qu'elle était autorisée, voire même encouragée, dans un autre, apparurent de plus en plus clairement aux dirigeants des Etats membres à la veille de l'entrée en vigueur du marché intérieur prévu par l'Acte unique européen pour le 1er janvier 1993. En outre, les ambiguïtés de l'arrêt *Philip Morris*¹⁰⁹ laissaient craindre que la Commission ne décidât d'appliquer l'article 85 aux concentrations, ce qui aurait donné lieu à une incertitude juridique généralisée.¹¹⁰

107 Décision *Rogesa* du 18 juin 1981, JOCE L 189/54 du 11 juillet 1981; décision *Röchling/Burbach* du 25 mars 1981, non publiée; décision *Dillingen* du 18 décembre 1981, non publiée; décision *Saarstahl Völklingen* du 25 septembre 1987, non publiée.

108 *Supra* point 16.

109 Voir *supra* point 12.

110 Cette menace fut exprimée à plusieurs reprises par le commissaire Sutherland, responsable des questions de concurrence. Voir notamment son discours à l'Association des juristes d'entreprises européens le 18 avril 1985 et son exposé à la conférence du «Groupe Kangourou» à Anvers le 2 novembre 1987.

Sur la base d'une nouvelle proposition de la Commission présentée en 1988,¹¹¹ le Conseil aboutit après des négociations ardues, le 21 décembre 1989, à l'adoption du règlement 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.¹¹²

Ce règlement porte, à bien des égards, la marque des résistances qui durent être surmontées pour permettre son adoption. Ainsi, d'une part, les exigences de la République fédérale d'Allemagne et du Royaume-Uni furent satisfaites par la limitation du champ d'application du règlement aux concentrations de très grandes dimensions ainsi que par l'introduction de la possibilité de renvoyer aux autorités nationales des concentrations affectant un marché national distinct. L'adoption d'un critère d'incompatibilité fondé sur les seuls effets de la concentration sur la concurrence effective et l'élimination de toute référence à la possibilité d'exempter une concentration pour des raisons d'intérêt général communautaire donna satisfaction aux convictions libérales de ces mêmes gouvernements. En revanche, la possibilité d'une réduction des seuils d'application minimaux par décision à la majorité qualifiée ainsi que la faculté prévue pour un Etat membre de demander l'intervention de la Commission à l'encontre de concentrations n'atteignant pas les seuils prévus répondaient aux préoccupations de la Commission et de ceux des Etats membres – essentiellement les Pays-Bas et la Belgique – qui ne disposaient pas d'un contrôle organisé au niveau national. Par ailleurs, une référence dans le préambule¹¹³ à la nécessité d'apprécier les concentrations dans le cadre général de la réalisation des objectifs fondamentaux du Traité, y compris celui du renforcement de la cohésion économique et sociale, et l'inclusion parmi les critères d'appréciation de «l'évolution du progrès technique et économique»,¹¹⁴ donnaient satisfaction aux Etats qui attachaient de l'importance non seulement aux considérations concurrentielles, mais aussi aux objectifs de politique régionale ou industrielle. Par ailleurs, l'octroi à la Commission d'une compétence en principe exclusive à l'égard des concentrations de dimension communautaire, l'obligation pour la Commission de se prononcer dans des délais extrêmement brefs et la décision de ne plus appliquer le règlement 17 aux concentrations sans dimension communautaire étaient de nature à rencontrer les préoccupations des milieux d'affaires.

41. *La base juridique du règlement.* Ainsi que le reconnaît le considérant 6 du préambule du règlement, les articles 85 et 86, tout en étant applicables à certaines concentrations, ne suffisent pas pour saisir toutes les opérations qui risquent de se révéler incompatibles avec le régime de concur-

111 JOCE C 130/4 du 19 mai 1988.

112 JOCE L 257/14 du 21 septembre 1990.

113 Considérant 13.

114 Article 2 §1(b).

rence non faussée visé par le traité. Il y avait dès lors lieu de créer un instrument juridique nouveau sous forme d'un règlement qui permette un contrôle effectif de toutes les opérations de concentration en fonction de leur effet sur la structure de la concurrence dans la Communauté. Ce règlement devait par conséquent être fondé non seulement sur l'article 87, mais aussi – et principalement – sur l'article 235 du Traité. L'unanimité était donc nécessaire au Conseil pour son adoption – et c'est ce qui explique dans une large mesure les retards rencontrés dans son élaboration.

A. Régime applicable aux concentrations de dimension communautaire

1. Champ d'application

42. *La notion de concentration de dimension communautaire.* Le règlement s'applique à toutes les opérations de concentration ayant une «dimension communautaire». Aux termes de l'article premier, paragraphe 2, tel est le cas lorsque:

- a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'écus;
- et
- b) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus, à moins que chacune des entreprises concernées ne réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre.

L'article premier, paragraphe 3, prévoit que ces seuils seront révisés, avant la fin de la quatrième année qui suit l'adoption du règlement, par le Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.¹¹⁵

La notion de «dimension communautaire» se substitue à celle d'effet potentiel sur le commerce entre Etats membres prévue aux articles 85 et 86 du Traité. Le règlement présume, en quelque sorte, que les concentrations de dimension communautaire sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres.

Le seuil de 5 milliards d'écus a pour but de soumettre au contrôle uniquement des opérations dont la dimension globale au niveau mondial est suffisante, alors que le seuil de 250 millions d'écus vise à créer un lien

¹¹⁵ La légalité de cette possibilité d'une réduction, par acte adopté à la majorité qualifiée, d'un règlement adopté à l'unanimité sur la base de l'article 235 du Traité a été mise en doute: Fierstra, «Communautaire concentratiecontrole», *SEW* (1990) 330, 337.

de rattachement suffisant avec l'économie de la Communauté. Le critère relatif à la proportion du chiffre d'affaires réalisé à l'intérieur d'un seul Etat membre a pour but d'exclure du contrôle les opérations n'ayant qu'une incidence limitée sur les échanges intracommunautaires.

Le chiffre d'affaires à prendre en considération inclut non seulement les produits soumis au traité CEE, mais aussi ceux soumis aux traités CECA et EURATOM.

Des règles détaillées sont prévues à l'article 5 pour le calcul du chiffre d'affaires. Il s'agit en principe du chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des entreprises du groupe telles que définies à l'article 5, paragraphe 4, à l'exclusion toutefois des transactions intervenues à l'intérieur du groupe (principe de la consolidation).

Lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou de plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la transaction est pris en considération en ce qui concerne le ou les cédants. Toutefois, deux ou plusieurs transactions de cette nature ayant lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont à considérer comme une seule opération de concentration intervenant à la date de la dernière transaction.¹¹⁶

Des règles particulières sont prévues pour le calcul du chiffre d'affaires des établissements de crédit et autres établissements financiers et des entreprises d'assurance.¹¹⁷

43. *Champ d'application matériel.* Hormis le charbon et l'acier, pour lesquels l'article 66 du traité CECA prévoit un régime particulier,¹¹⁸ le règlement s'applique à l'ensemble des secteurs de l'économie. Aucune exception n'est faite en ce qui concerne l'agriculture et les transports.¹¹⁹ L'applicabilité du règlement aux établissements financiers et aux entreprises d'assurances résulte des dispositions expresses de l'article 5, paragraphe 3.

44. *Champ d'application personnel.* Comme l'indique son titre, le règlement s'applique à toutes les opérations de concentration «entre entreprises». Toutefois, cela ne signifie pas que des personnes n'ayant pas la qualité d'entreprise ne puissent être concernées par ses dispositions. En effet, selon l'article 3, paragraphe 1(b), une opération de concentration peut consister en l'acquisition du contrôle d'une entreprise par «une ou plusieurs personnes»

116 Article 5 §2.

117 Voir article 5 §3.

118 Voir l'article 232 du Traité CEE.

119 L'application du règlement aux produits agricoles énumérés à l'annexe II du Traité est expressément prévue par le huitième considérant du préambule.

détenant déjà le contrôle d'une autre entreprise. Ainsi, des opérations étrangères au droit commercial peuvent tomber dans le champ d'application du règlement.

45. *Aspects internationaux.* Il suffit que le seuil de 250 millions d'écus soit atteint par deux entreprises parties à l'opération quelles qu'elles soient. Ceci signifie que le règlement peut s'appliquer à l'acquisition d'une entreprise ne réalisant pas un chiffre d'affaires de 250 million d'écus dans la Communauté si cette acquisition s'effectue conjointement par deux entreprises qui remplissent cette condition et si les autres seuils minimaux sont atteints.¹²⁰

De même, la création, par deux entreprises atteignant les seuils prévus, d'une entreprise commune à caractère concentratif¹²¹ dans un pays extérieur à la Communauté relève elle aussi du champ d'application du règlement, même si l'entreprise commune n'exerce aucune activité de nature à produire des effets dans la Communauté.¹²²

Le règlement s'applique aussi aux concentrations auxquelles ne participent que des entreprises de pays tiers si ces entreprises atteignent les seuils indiqués.¹²³

Cette extension du champ d'application du Traité à des entreprises de pays tiers ne paraît pas de nature à soulever d'objections sous l'angle du droit international.¹²⁴

Signalons enfin que l'article 24 du règlement contient une clause de «réciprocité» qui permet aux autorités de la Communauté de négocier avec un pays tiers en vue d'obtenir pour les entreprises de la Communauté des «possibilités de traitement comparables» au traitement offert par la Communauté aux entreprises de ce pays.

2. La notion de concentration

46. *Différentes formes de concentration.* Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, une opération de concentration est réalisée:

- a) lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent,
- ou

120 Voir décision *Aérospatiale-Alenia c. de Havilland* du 2 octobre 1991.

121 Sur cette notion, voir *infra* point 48.

122 Voir décisions *Dresdner Bank c. Banque Nationale de Paris* du 4 février 1991 et *BNP c. Dresdner Bank-Czecho-Slovakia* du 26 août 1991.

123 Voir notamment les décisions *ATT c. NCR* du 18 janvier 1991 et *Tetra Pak c. Alfa Laval* du 19 juillet 1991.

124 Voir Bourgeois, «EEC Control Over International Mergers», *YEL* (1990) 103, 121 et seq.

- b) lorsque:
- une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins,
 - ou
 - une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises.

Comme on le voit, la notion de concentration est extrêmement large: elle englobe non seulement la fusion, dans laquelle il y a disparition complète d'un sujet, tant sur le plan juridique qu'économique, mais aussi l'acquisition d'actions ou d'actifs, dans laquelle l'indépendance juridique et même parfois économique des sujets n'est pas mise en cause.

47. *L'acquisition du contrôle.* L'élément clef est l'acquisition du contrôle. Ce dernier est défini comme «la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise». ¹²⁵ Cette possibilité peut reposer, aux termes de l'article 3, paragraphe 3, sur tous «droits, contrats ou autres moyens», éventuellement envisagés «conjointement» et «compte tenu des circonstances de fait ou de droit». Le contrôle peut découler notamment:

- a) des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise;
- b) des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

Le contrôle est acquis par la ou les personnes, ou entreprises:

- a) qui sont titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats
ou
- b) qui, n'étant pas titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats, ont le pouvoir d'exercer les droits qui en découlent. ¹²⁶

Le contrôle peut être détenu à travers des sujets intermédiaires: ainsi, si A contrôle B, qui contrôle C, A détient le contrôle de C.

Le moyen par lequel s'effectue l'acquisition du contrôle est indifférent: il peut s'agir de prises de participation, d'achats d'actifs, de contrat ou de «tout autre moyen». Appliqué à la lettre, le règlement s'appliquerait même aux transmissions réalisées *ex lege* et notamment en vertu d'une succession.

La technique utilisée est indifférente. Ainsi, le contrôle peut résulter d'une acquisition en bourse. Il peut même s'acquérir involontairement, notamment dans le cas où un actionnaire exerce son droit de souscription

125 Article 3 §3.

126 Ibid. §4.

préférentielle à l'occasion d'une augmentation de capital, alors que les autres actionnaires n'en font pas de même.¹²⁷

En définissant le contrôle comme «la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise», le règlement utilise une notion large: il n'exige pas l'exercice effectif du contrôle; un contrôle potentiel suffit.

Lorsque le contrôle résulte d'accords entre les entreprises qui l'exercent, ces accords doivent être juridiquement obligatoires;¹²⁸ si la possibilité d'agir sur le comportement d'une entreprise peut à tout moment être défaits par un «changement d'alliance» entre actionnaires, on ne se trouve pas en présence d'un changement structurel durable, et donc d'une concentration.

L'acquisition de ce contrôle peut ne concerner qu'une «partie» d'une entreprise. L'interprétation de cette notion peut donner lieu à difficulté. En principe, il semble qu'elle n'englobe pas l'acquisition d'éléments d'actifs isolés, mais que l'acquisition doit porter au moins sur une branche d'activité.¹²⁹

Lorsqu'une entreprise faisant l'objet d'une offre publique d'acquisition hostile met en œuvre des mesures de défense¹³⁰ pour faire échouer la tentative, il n'y a pas «acquisition de contrôle» et le règlement ne trouve pas à s'appliquer. Toutefois, si elle fait appel à un groupe «ami»¹³¹ pour que celui-ci lance une contre-offre, cette dernière devra être notifiée si les seuils d'application du règlement sont atteints.¹³²

Dans la pratique, la Commission a considéré qu'il y avait acquisition du contrôle (exclusif ou conjoint) dans les cas suivants:

- acquisition de 39% du capital, conférant un contrôle effectif;¹³³
- acquisition de 25,1% avec droit de veto au conseil d'administration sur les décisions importantes;¹³⁴
- acquisition de 20% des actions (avec possibilité de porter la participation à 50%) et de 26% des droits de vote, dans la mesure où 75% des votes étaient requis pour les décisions stratégiques;¹³⁵

127 J. Cook et C. Kerse, *EEC Merger Control-Regulation 4064/89* (1991) 20.

128 Décision *ICI/Tioxide* du 28 novembre 1990; décision *Mediobanca/Generali* du 19 décembre 1991, (toutes deux non publiées. Voir aussi Van Ommeslaghe, «Le règlement sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises et les offres publiques d'acquisition», *CDE* (1991) 259, 310. Il est à noter d'ailleurs que le texte de l'article 3 §3(b) parle de «contrats».

129 J. Cook et C. Kerse, *supra* note 127, 35 et 36.

130 Il s'agira de ce qu'on appelle en anglais les *poison pills*.

131 Ce qu'on appelle en anglais le *white knight*.

132 Van Ommeslaghe, *supra* note 128, 311 à 313.

133 Décision *Arjomari/Wiggins Teape*, du 10 décembre 1990, non publiée.

134 Décision *Lyonnaise des Eaux Dumez/Brochier* du 11 juillet 1991, non publiée.

135 Décision *Conagra/Idea* du 30 mai 1991, non publiée.

- acquisition de 38% du capital, mais avec plus de 50% prévus pour une seconde étape.¹³⁶

La Commission a également considéré que le fait pour une entreprise détenant le contrôle conjoint d'une entreprise commune d'acquérir de son partenaire les actions de celui-ci, obtenant ainsi le contrôle exclusif, constituait une concentration dans la mesure où l'opération entraînait un changement dans la «qualité du contrôle».¹³⁷ Une telle extension de la notion de concentration paraît sujette à caution. En tout état de cause, on ne saurait en déduire un principe général selon lequel tout accroissement du degré d'influence qu'une entreprise peut exercer sur une autre doit être regardé comme une concentration.¹³⁸

La Commission a considéré que ne constituaient pas des concentrations, en l'absence de circonstances additionnelles:

- l'acquisition de participations croisées de 25%,¹³⁹
- l'accroissement de 5,98 à 12,84% de la participation au capital d'une société, dans une situation où le pourcentage de participation aux assemblées d'actionnaires oscillait d'année en année entre 26,4 et 34,4%, mais où il était vraisemblable que, par suite de l'acquisition, ces pourcentages seraient portés à 33,24 – 41,24%.¹⁴⁰

48. *Le traitement des filiales communes dans le règlement et dans la communication du 14 août 1990.* La nécessité de distinguer, parmi les filiales communes, celles devant être assimilées à une concentration s'est posée lors de l'adoption du règlement 4064/89. L'article 3, paragraphe 2, reflète les conceptions auxquelles la Commission avait abouti aux termes de la troisième étape décrite ci-dessus. D'une part, il énonce:

Une opération, y compris la création d'une entreprise commune, qui a pour objet ou effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes ne constitue pas une concentration...

D'autre part, il ajoute:

La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, et qui n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel soit entre entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune, constitue une opération de concentration...

Pour qu'une entreprise commune soit réputée avoir un caractère «concentratif», elle doit donc satisfaire à une condition positive – accomplir

136 Décision *La Redoute c. Empire* du 25 avril 1991, non publiée.

137 Décision *ICI c. Tioxide*, *supra* note 128, non publiée.

138 J. Cook et C. Kerse, *supra* note 127, 20.

139 Décision *Renault/Volvo* du 7 novembre 1990, non publiée.

140 Décision *Mediobanca c. Generali* du 19 décembre 1991, non publiée.

de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome – et à une condition négative – ne pas entraîner une coordination du comportement concurrentiel, soit entre les entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune.

Dans une communication publiée au *Journal officiel* le 14 août 1990,¹⁴¹ la Commission s'est efforcée de préciser le sens à donner à ces notions.

a) *La condition positive*

Pour qu'il soit satisfait à la condition positive, l'entreprise commune doit, tout d'abord, intervenir comme «fournisseur et acheteur indépendant sur le marché». Si elle ne reprend des entreprises fondatrices que «certaines fonctions partielles», elle ne peut être considérée comme une concentration lorsqu'elle est uniquement un instrument auxiliaire pour les activités économiques des entreprises fondatrices. Tel est le cas lorsque l'entreprise commune fournit ses produits ou services exclusivement à ses entreprises fondatrices, ou lorsqu'elle couvre ses propres besoins totalement auprès de celles-ci. La présence indépendante sur le marché peut même être insuffisante si l'entreprise commune réalise la majorité de ses approvisionnements ou de ses ventes avec des entreprises tierces, mais reste de manière substantielle dépendante des entreprises fondatrices pour le maintien et le développement de ses activités économiques.

L'entreprise commune doit en outre accomplir ses fonctions «de manière durable». Cette condition suppose, selon la Commission, que l'entreprise soit destinée et en mesure d'exercer ses activités d'une manière illimitée dans le temps, ou à tout le moins pour une longue durée. Elle doit être dotée de moyens humains et matériels suffisants pour que son existence et son indépendance à long terme soient assurées. Tel est généralement le cas lorsque les entreprises fondatrices investissent des moyens financiers substantiels dans l'entreprise commune, transfèrent à l'entreprise commune une entreprise ou un établissement existant, ou font apport à l'entreprise commune d'un savoir-faire technique ou commercial substantiel, de sorte qu'elle soit viable par ses propres moyens.

Le fait que l'entreprise commune soit en mesure de mener sa propre politique commerciale revêt, selon la Commission, une importance décisive pour apprécier son caractère autonome. Il faut que, dans les limites de son objet social, l'entreprise commune puisse élaborer des plans, prendre des décisions et agir de manière indépendante. En particulier, elle doit être libre de déterminer son comportement concurrentiel de manière autonome et en fonction de ses

141 Communication de la Commission concernant les opérations de concentration et de coopération au titre du règlement (CEE) 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JOCE C 203/10 du 14 août 1990.

propres intérêts économiques. Si son activité dépend de l'utilisation d'installations qui demeurent économiquement intégrées dans les activités des entreprises fondatrices, ceci affaiblit son caractère autonome. Toutefois, l'autonomie économique de l'entreprise commune n'est pas mise en cause du seul fait que les entreprises fondatrices se réservent le droit de prendre certaines décisions, notamment celles qui concernent les modifications de l'objet social, les augmentations ou diminutions de capital, ou l'affectation des bénéfices. Par contre, si la politique commerciale de l'entreprise commune reste dans les mains des entreprises fondatrices, l'entreprise commune peut, selon la Commission, revêtir «le caractère d'un instrument des intérêts du marché des entreprises fondatrices». ¹⁴²

b) *La condition négative*

La condition négative suppose que ni la création de l'entreprise commune, ni son existence ou son fonctionnement ne permettent raisonnablement de prévoir que «le comportement concurrentiel de l'une ou l'autre, ou de l'ensemble des entreprises fondatrices, ou celui de l'entreprise commune, est influencé sur le marché en cause.» Toute forme de coopération entre les entreprises fondatrices à l'égard de l'entreprise commune ne s'oppose pas au caractère «concentratif» de celle-ci; en effet, la création et le contrôle en commun seraient impossibles sans une unité de vues entre les entreprises fondatrices en ce qui concerne la poursuite de leurs intérêts. Ce qui est visé, c'est la coordination du comportement sur le marché.

Conformément à sa pratique antérieure, la Commission estime qu'un risque de coordination n'existe pas lorsque les entreprises fondatrices ne sont plus actives ni dans les marchés de l'entreprise commune, ni dans les marchés voisins ou dans des marchés se situant en amont ou en aval du marché de l'entreprise commune. ¹⁴³

Le fait que les entreprises fondatrices restent actives sur le même marché de produits que l'entreprise commune ne fait pas obstacle au caractère «concentratif» si leur marché géographique est différent au point que tout risque d'interaction concurrentielle puisse être exclu. ¹⁴⁴

La coordination sera au contraire «présumée» lorsque les entreprises fondatrices ou l'une d'elles restent actives sur le marché de l'entreprise commune, ou restent des concurrents potentiels de celle-ci, ¹⁴⁵ ou lorsqu'elles exercent leurs activités dans un marché en

142 Voir communication, *supra* note 141, n^{os} 16 à 19.

143 Ibid., n^{os} 20 à 22.

144 Ibid., n^o 29.

145 Ibid., n^o 33.

amont ou en aval de celui de l'entreprise commune¹⁴⁶ ou qui lui est «techniquement ou économiquement apparenté».¹⁴⁷

La communication va un peu plus loin que la pratique antérieure dans la mesure où elle admet que puisse avoir un caractère «concentratif» l'entreprise commune exerçant ses activités dans des marchés voisins ou se situant en amont ou en aval des marchés des fondateurs, lorsque ceux-ci limitent l'influence qu'ils exercent sur elle aux décisions stratégiques, comme par exemple celles concernant l'orientation future des investissements, et qu'ils se «laissent guider en la matière par leurs intérêts financiers plutôt que par leurs intérêts sur le marché». S'il n'existe pas de liens personnels entre les organes de décision des fondateurs et ceux de l'entreprise commune, le caractère concentratif de celle-ci pourra être reconnu.¹⁴⁸

49. *Critique.* La position adoptée par la Commission dans la communication concernant les opérations de concentration et de coopération s'expose aux mêmes critiques que sa pratique antérieure.

D'une part, outre leur caractère souvent vague, on n'aperçoit pas en quoi les différents critères retenus comme nécessaires pour que la condition positive soit remplie présentent de l'intérêt du point de vue de la concurrence. En quoi le fait que l'entreprise commune exerce des activités «auxiliaires» par rapport à celles de ses parents, qu'elle soit dépendante de ceux-ci pour le développement de ses activités économiques, que sa durée soit limitée, qu'elle ne dispose pas de son propre personnel ou de sa propre technologie, permettent-ils de présumer qu'elle présentera plus de risques pour le fonctionnement du marché que dans le cas inverse? Par ailleurs, l'exigence que l'entreprise commune soit en mesure de mener sa propre politique commerciale paraît irréaliste dans la mesure où, par définition, elle est soumise au contrôle des parents et où l'investissement que ceux-ci ont effectué dans l'entreprise commune permet difficilement de supposer qu'ils se désintéresseront de la façon dont elle est gérée. Il n'est pas sans intérêt de relever que l'idée selon laquelle une entreprise commune doit accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome est inspirée de la pratique de l'Office fédéral des cartels allemand,¹⁴⁹ et que la Cour fédérale suprême a explicitement pris ses distances à son égard dans un arrêt du 1er octobre 1985.¹⁵⁰

146 Communication, *supra* note 141, n^{os} 34 et 35.

147 Ibid., n^o 36.

148 Ibid., n^o 22.

149 *Bundeskartellamt Tätigkeitsbericht* (1978) 24.

150 «Mischwerke», *WuW* (1986) 137 (EBGH 2169). Sur la pratique allemande avant et après cet arrêt, voir aussi Leube, «Zur Anwendbarkeit der §§1 und 23ff. GWB auf Gemeinschaftsunternehmen», *ZHR* (1977) 313; Ulmer, «Gemeinsame Tochtergesellschaften im Deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht», *ZHR* (1977) 466; Huber, «Aktuelle Probleme des Gemeinschaftsunternehmens im Deutschen und Europäischen Wettbewerbs-

Si la condition négative est justifiée, dans la mesure où elle vise les rapports entre les entreprises fondatrices ou entre celles-ci et les tiers, elle nous paraît critiquable dans la mesure où elle exige l'absence de toute «coordination» entre l'entreprise commune et ses parents. Refuser de reconnaître à une entreprise commune un caractère «concentratif» uniquement parce que l'un des parents est actif sur le même marché qu'elle,¹⁵¹ alors que l'autre parent n'est actif sur aucun marché ayant une quelconque connexion avec celui de l'entreprise commune, peut aboutir, dans le cas d'une cession partielle, à ce que l'applicabilité du règlement dépende du point de savoir si le prix payé consiste en actions de l'entreprise acquéreuse plutôt qu'en espèces, bien plus que des rapports concurrentiels entre les parties. C'est pourquoi nous ne pouvons que nous rallier aux critiques qui ont été émises à l'égard de la distinction opérée par la Commission dans cette communication.¹⁵²

50. *La pratique de la Commission.* Il est frappant de constater que, dans l'application donnée au règlement 4064/89, la Commission n'a eu recours que dans une mesure limitée aux critères posés dans sa communication.

Ainsi, dans l'affaire *Renault/Volvo*,¹⁵³ elle n'a pas considéré que le fait que chacune des parties continuerait à commercialiser les camions et autocars fabriqués en commun par ses propres réseaux de distribution et sous ses propres marques empêchait de considérer l'opération comme une concentration.

Dans l'affaire *Mitsubishi/UCAR*,¹⁵⁴ le fait que Mitsubishi demeurait actif sur le même marché au Japon et qu'elle pouvait intervenir comme agent pour le compte de producteurs japonais des mêmes produits n'a pas non plus été retenu comme déterminant.

Dans l'affaire *Sanofi/Sterling Drug*,¹⁵⁵ la Commission a admis qu'il s'agissait d'une concentration malgré le fait que Sterling Drug conservait une présence aux Etats-Unis dans un secteur voisin et qu'elle poursuivait ses activités de recherche de manière indépendante.

Dans l'affaire *Dräger/IBM/HMP*,¹⁵⁶ l'existence d'une concentration a de même été retenue malgré le fait que IBM continuait à exercer des activités

recht», *WuW* (1978) 677; Immenga, «Gemeinschaftsunternehmen als Kartell und Zusammenschluß- ein Grundsatzurteil des BGH», *ZHR* (1986) 366; Stockmann, «Verwaltungsgrundsätze und Gemeinschaftsunternehmen», *WuW* (1988) 269; Axster, «Joint Ventures and Antitrust with Particular Emphasis on the Development of German Antitrust Theory and Practice» 1991 *Fordham Corporate Law Institute* (pas encore publié).

151 Comme le fait la communication *supra* note 141, n° 33.

152 Voir Hawk, «Joint Ventures Under EEC Law» 1990 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1991; *id.*, «Concentrative/Co-Operative Joint Ventures: Metaphysics and the Law», *European Business Law Review* (1992) 3.

153 Décision du 7 novembre 1990, non publiée.

154 Décision du 4 janvier 1991, non publiée.

155 Décision du 10 juin 1991, non publiée.

156 Décision du 28 juin 1991, non publiée.

dans des domaines voisins et demeurait un concurrent potentiel dans le domaine de l'entreprise commune.

Dans l'affaire *ABC/Générale des Eaux/Canal+/W.H. Smith T.V.*,¹⁵⁷ le fait que plusieurs des partenaires continuaient à exercer des activités dans des domaines voisins ne portait pas atteinte à la nature «concentrative» de l'opération, ces activités étant d'importance réduite.

Dans l'affaire *Thomson/Pilkington*,¹⁵⁸ le fait que Thomson restait actif dans le secteur de l'optronique n'a pas été jugé de nature à faire obstacle à une concentration, les activités de Thomson étant centrées sur la France alors que la filiale commune était active au Royaume-Uni et que les marchés en question étaient encore nationaux. En outre, les produits fabriqués par la filiale commune et par Thomson étaient dans une large mesure complémentaires. Enfin, l'accord prévoyait que Thomson aurait la responsabilité principale pour la politique de marché de la filiale, de telle sorte qu'il n'existait guère de possibilités de concurrence entre Thomson et la filiale commune.

Dans l'affaire *UAP/Transatlantic Life/Sun Life*,¹⁵⁹ le fait que les parents continuaient à être actifs dans le même secteur que l'entreprise commune n'a pas empêché la Commission de considérer qu'il s'agissait d'une concentration. En effet, ces activités indépendantes étaient soit réduites, soit relatives à des marchés géographiques différents. En outre, en ce qui concerne UAP, il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que, ayant investi dans la filiale commune et exerçant le contrôle opérationnel de celle-ci, elle soit incitée à pénétrer le marché de la filiale commune indépendamment.

Dans l'affaire *TNT/Canada Post e.a.*,¹⁶⁰ enfin, la Commission a reconnu qu'il s'agissait d'une concentration malgré le fait que certaines des activités de l'entreprise commune pouvaient être sous-traitées aux fondateurs, que ceux-ci étaient chargés de distribuer ses services en qualité d'agents et que certaines de ces activités pouvaient entrer en concurrence avec celles des fondateurs. En effet, la Commission a considéré que, vu les procédures de prises de décision au sein de l'entreprise commune et les intérêts commerciaux en présence, une coordination du comportement des fondateurs entre eux et avec l'entreprise commune n'était pas probable.

Dans les affaires *Baxter/Nestlé/Salvia*¹⁶¹ et *Lucas/Eaton*,¹⁶² cependant, la Commission a appliqué, en s'y référant expressément, les critères de la communication, la première fois pour dénier qu'il s'agissait d'une concentration et la seconde pour l'admettre.¹⁶³ Ainsi, dans l'affaire

157 Décision du 10 septembre 1991, non publiée.

158 Décision du 23 octobre 1991, non publiée.

159 Décision du 11 novembre 1991, non publiée.

160 Décision du 2 décembre 1991, non publiée.

161 Décision du 6 février 1991, non publiée.

162 Décision du 9 décembre 1991, non publiée.

163 Dans deux autres décisions non publiées (*Apollinaris/Schweppes* du 24 juin 1991 et *Elf/Enterprise* du 24 juillet 1991), la Commission a aussi refusé d'admettre qu'il s'agissait de concentrations. Toutefois, ces affaires ne posaient guère de problèmes dans la mesure où les parents continuaient à exercer d'importantes activités sur les mêmes

Baxter/Nestlé/Salvia, la Commission a tenu compte notamment de ce que les parents n'avaient pas transféré à l'entreprise commune l'ensemble de leurs brevets et de leur savoir-faire dans le domaine de celle-ci, qu'ils exerçaient des activités de production, de recherche et développement pour le compte de l'entreprise commune en tant que sous-traitants et qu'ils distribuaient les produits sous leurs marques respectives.

Le fait que la Commission n'ait pas appliqué avec une plus grande rigueur les critères énoncés dans sa communication est la meilleure preuve du caractère peu satisfaisant de ceux-ci.

3. L'appréciation des concentrations

51. *Principe d'incompatibilité.* Les concentrations qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le Marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées incompatibles avec le Marché commun.¹⁶⁴ Contrairement à ce qui était prévu dans les projets précédents, il ne suffit pas que la concentration crée une position dominante, ni même qu'elle la renforce, mais il faut en outre qu'elle soit de nature à entraver la concurrence d'une manière «significative».

Cette exigence additionnelle ne pose pas de difficulté lorsqu'il s'agit d'apprécier les opérations qui *créent* une position dominante. En effet, la position dominante n'est pas en elle-même incompatible avec le Marché commun. Dans son arrêt *United Brands*, la Cour a affirmé que la notion de position dominante n'était pas incompatible avec le maintien d'une concurrence sur le marché.

En revanche, la portée de cette condition est plus difficile à apprécier lorsqu'il s'agit d'opérations qui *renforcent* une position dominante. En effet, on aperçoit difficilement comment une concentration dont l'effet serait de renforcer une position dominante ne serait pas de nature à entraver le commerce de manière significative. Ce n'est que lorsque le renforcement n'a qu'une importance tout à fait marginale qu'il peut être possible de considérer qu'il ne porte pas une entrave significative au fonctionnement du marché. C'est pourquoi la seule interprétation cohérente de cette condition nous paraît être de considérer qu'elle a pour but de permettre de déclarer compatible avec le Marché commun les concentrations qui n'aboutissent qu'à un renforcement minime d'une position dominante existante.¹⁶⁵

marchés ou sur des marchés proches de ceux de l'entreprise commune. Voir aussi la décision *BSN-Nestlé/Cokoladovny* du 18 février 1992, non publiée, qui dénie aussi le caractère concentratif à une filiale commune entre deux grands groupes agro-alimentaires destinée à leur permettre de pénétrer sur un marché géographique nouveau.

164 Article 2 §3 du règlement.

165 En ce sens, voir Langeheine, «Substantive Review Under the EEC Merger Regulation», 1990 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1991, 481, 485; Venit, «The

Dans la seule affaire dans laquelle elle a condamné une opération de concentration à ce jour, la Commission a interprété cette condition comme signifiant qu'une concentration aboutissant à la création d'une position dominante peut être compatible avec le Marché commun «lorsque tout indique que cette position n'est que temporaire et qu'elle s'érodera rapidement en raison de l'entrée très probable de concurrents puissants sur le marché».¹⁶⁶ Cette interprétation est contestable: en effet, lorsque la position de force d'une entreprise n'a qu'un caractère précaire, il ne s'agit pas d'une position dominante au sens de l'article 86 du Traité.

52. *Critères d'appréciation.* Dans son appréciation des concentrations, la Commission doit tenir compte:

- a) de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le Marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté;
- b) de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.¹⁶⁷

Cette énumération laisse une large faculté d'appréciation à la Commission. En effet, elle n'indique aucune hiérarchie entre les différents facteurs à prendre en considération.

On observera que les lettres a) et b) ne se situent pas sur le même plan. Alors que la lettre a) indique l'objectif poursuivi par le contrôle des concentrations, la lettre b) contient une liste d'indices à utiliser pour apprécier le pouvoir de marché des entreprises.

Par ailleurs, affirmer que, pour apprécier si une concentration doit être déclarée incompatible avec le Marché commun en raison de l'entrave qu'elle porte à la concurrence effective,¹⁶⁸ il faut tenir compte «de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective» ne présente guère d'utilité pour l'interprète.

Evaluation of Concentrations Under Regulation 4064/89: The Nature of the Beast», *ibid.*, 519, 545.

166 Décision *Aérospatiale-Alenia/de Havilland* du 2 octobre 1991, JOCE L 334/42 du 5 décembre 1991; voir *infra* point 53.

167 Article 2 §1.

168 *Ibid.* §3.

Plus remarquable est l'absence de toute référence aux objectifs de politique industrielle, régionale ou sociale.¹⁶⁹ Seuls les effets de la concentration sur la concurrence doivent être pris en considération. Cette constatation n'est pas infirmée par la référence, à la fin de l'article 2, paragraphe 1(b), à l'évolution du progrès technique et économique, celle-ci étant qualifiée par l'exigence de ne pas constituer un obstacle à la concurrence. L'*efficiency defense* dont l'admissibilité en droit antitrust américain est discutée depuis l'arrêt *General Dynamics*¹⁷⁰ ne semble donc pas pouvoir être invoquée en droit communautaire pour justifier une concentration qui répondrait au critère d'incompatibilité énoncé à l'article 2, paragraphe 3.¹⁷¹

L'absence de tout critère précis à l'article 2, paragraphe 1, est compensée par l'indication, au quinzième considérant du préambule, qu'une opération aboutissant à conférer aux entreprises concernées une part de marché ne dépassant pas 25% sera généralement présumée compatible avec le Marché commun. Il ne s'agit toutefois que d'une «indication» et non d'une norme obligatoire pour la Commission.

Le droit communautaire ne connaît pas de «présomption d'illégalité» à charge des concentrations aboutissant à des parts de marché d'un niveau déterminé.¹⁷²

Contrairement au droit allemand, le règlement ne prévoit pas non plus que les concentrations aboutissant à conférer aux parties une part de marché déterminée sont réputées, sauf preuve du contraire, entraver la concurrence de manière significative. Une telle omission nous paraît devoir être approuvée. En effet, vu la tendance de la Commission à définir des marchés extrêmement étroits, la sécurité juridique que de telles indications chiffrées donneraient ne serait qu'illusoire.

53. *La pratique de la Commission.* Dans son appréciation des concentrations soumises à son examen depuis l'entrée en vigueur du règlement, la Commission a fait une application souple des critères de l'article 2, para-

169 Alors que le treizième considérant du préambule affirme la nécessité de placer l'appréciation des concentrations dans le cadre des objectifs fondamentaux du Traité, y compris celui du renforcement de la cohésion économique et sociale.

170 *US v. General Dynamics*, 415 US 486 (1974). Voir aussi Areeda et Turner, *Antitrust Law*, vol. IV (1980) 941; Fisher et Lande, «Efficiency Considerations in Merger Enforcement», *California Law Review* (1983) 1580.

171 En ce sens, voir Venit, *supra* note 165, 1990 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1991, 519, 523; Langeheine, *supra* note 165, *ibid.*, 481, 500; Immenga, «Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch Europäische Fusionskontrolle», *WuW* (1990) 371, 377 à 379; Winckler et Gerondeau, «Etude critique du règlement CEE sur le contrôle des concentrations», *RMC* (1990) 541, 548.

172 Voir la notion de *presumptive illegality* utilisée en droit américain depuis l'arrêt *US v. Philadelphia National Bank*, 384 US 270 (1966) et les *Safe harbors* décrits dans les *Merger Guidelines* de 1984.

graphe 1.¹⁷³ Même dans des cas où la concentration permettait aux parties d'acquérir des parts de marché élevées, elle a tenu compte de la concurrence potentielle,¹⁷⁴ de l'évolution du marché,¹⁷⁵ de la pression concurrentielle émanant de producteurs exerçant leurs activités sur des marchés voisins¹⁷⁶ ainsi que de la puissance de négociation que pouvaient faire valoir les acheteurs.¹⁷⁷ Dans son analyse, la Commission a tenu compte non seulement de liens horizontaux existant entre les parties, mais aussi des liens verticaux¹⁷⁸ et congloméraux.¹⁷⁹

La Commission ne s'est pas encore prononcée sur la possibilité d'appliquer la notion de position dominante collective¹⁸⁰ afin d'interdire une concentration aboutissant à renforcer le caractère oligopolistique d'une industrie.

Dans l'affaire *Digital/Kienzle*,¹⁸¹ elle a considéré qu'il n'existait pas de doute sérieux quant à la compatibilité avec le Marché commun d'une concentration dont l'effet était de porter de 22 à 26% la part de marché de Digital alors que celle-ci détenait avec deux autres concurrents (Hewlett Packard et Sun Microsystems) environ 80% du marché. Toutefois, la Commission relève que le marché en cause, d'origine relativement récente, est en développement rapide, qu'il se caractérise par une concurrence dynamique et que les barrières à l'entrée ne sont pas élevées.

Dans l'affaire *Renault/Volvo* précitée, le fait que la concentration aboutissait à une situation où les trois principaux concurrents auraient détenu environ 75% du marché des camions n'a pas donné lieu auprès de la Commission à de sérieux doutes quant à la compatibilité avec le Marché commun, compte tenu du pouvoir de négociation des acheteurs et du caractère compétitif du marché.

Dans l'affaire *Mannesmann/Boge* précitée, la Commission n'a pas non plus eu de doute sérieux au sujet d'une concentration ayant pour effet de

173 Elle s'est abstenue d'utiliser des critères mathématiques d'application, tels que l'indice C4 et l'indice Hirschmann-Herfindahl qui ont successivement été en vogue aux Etats-Unis.

174 Décision *Aérospatiale/MBB* du 25 février 1991, non publiée; décision *Fiat Geotech/Ford New Holland* du 8 février 1991, non publiée; décision *Mannesmann/Boge* du 23 septembre 1991, non publiée.

175 Dans la décision *Fiat Geotech/Ford New Holland*, *supra* note 174, elle a tenu compte du fait que la part de marché de Fiat était en baisse et que les concurrents avaient des capacités non utilisées. Dans la décision *Digital/Philips* du 2 septembre 1991, non publiée, elle a considéré que des parts de marché importantes n'indiquaient pas nécessairement un pouvoir de marché lorsque le marché est en croissance rapide.

176 Décision *Sanofi/Sterling Drug* du 10 juin 1991, non publiée; décision *Viag/Continental Can* du 6 juin 1991, non publiée.

177 Décision *Renault/Volvo* du 7 novembre 1990, non publiée; décision *Alcatel/Telettra* du 12 avril 1991, JOCE L 122/48 du 17 mai 1991.

178 Voir notamment la décision *Alcatel/Telettra*, *supra* note 177.

179 Voir notamment la décision *ATT/NCR* du 18 janvier 1991, non publiée.

180 Sur la possibilité d'appliquer le règlement à des concentrations créant une position dominante collective, voir Venit, *supra* note 165, *ibid.*, 519, 531 à 544.

181 Décision du 22 février 1991, non publiée.

porter la part des quatre principaux producteurs, sur deux des marchés concernés, respectivement à 80 et à 90%.

Il n'est cependant pas exclu que la Commission applique la notion de position dominante collective dans un cas où les conditions du marché feraient apparaître un risque sérieux d'atteinte à la concurrence par le renforcement d'un oligopole.

Les décisions rendues à ce jour ne permettent pas de conclure que la Commission ferait entrer dans son appréciation des considérations autres que de nature concurrentielle. Aucune de ses décisions ne se fonde sur des motifs de politique régionale ou sociale ou sur des considérations de politique industrielle ou technologique pour admettre des concentrations répondant au critère d'incompatibilité de l'article 2, paragraphe 3.¹⁸² Au contraire, dans la décision *Aérospatiale-Alenia/de Havilland* précitée, la Commission a interdit une concentration qui aboutissait à renforcer l'industrie aéronautique européenne en lui permettant d'offrir une gamme plus complète de produits à une clientèle élargie, en raison des conséquences anticoncurrentielles que cette concentration aurait eues pour les concurrents, tant communautaires que de pays tiers.¹⁸³

Une décision concerne une concentration ayant pour objet une opération de sauvetage.¹⁸⁴ La Commission y relève que, même en définissant les marchés de la façon la plus étroite, l'opération n'entraînait qu'un accroissement minime des parts de marché des intéressés. On ne saurait donc en déduire que la Commission admette l'existence en droit communautaire de la *failing company defense* admise en droit antitrust américain.¹⁸⁵

4. Mise en œuvre du contrôle

54. *L'obligation de notification.* Pour permettre à la Commission d'exercer son contrôle, le règlement prévoit la notification obligatoire des concentrations de dimension communautaire.¹⁸⁶ La notification doit s'effectuer dans un délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord, ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange, ou de l'acquisition d'une participation de contrôle. Ce délai court à compter de la survenance du premier

182 Ceci ne signifie pas, bien entendu, que la Commission s'abstienne de relever les effets positifs d'une concentration sur l'efficacité du processus économique lorsque cette concentration n'aboutit pas à la création ou au renforcement d'une position dominante susceptible d'entraver de manière significative la concurrence: par exemple, la décision *Aérospatiale/MMB* du 25 février 1991, non publiée.

183 La décision a d'ailleurs fait l'objet pour ce motif de critiques, parfois très vives, tant à l'extérieur qu'à l'intérieur de la Commission: «Bangemann hits out at competition «ayatollahs», *Financial Times*, 11 février 1992.

184 Décision *Kelt/American Express* du 20 août 1991, non publiée.

185 Sur cette théorie, voir les arrêts *International Shoe Co. v. FTC*, 280 US 291 (1930); *Citizen Publishing Co. v. US*, 394 US 131 (1969); *General Dynamics*, *supra* note 170.

186 Article 4 §1.

de ces événements. En cas de fusion ou d'établissement d'un contrôle en commun, la notification doit être réalisée conjointement par les parties.¹⁸⁷

Sous réserve des offres publiques d'acquisition, la notification n'est donc exigée qu'à partir du moment où soit le contrôle est acquis, soit les parties sont irrévocablement engagées à son sujet. En pratique, toutefois, la Commission admet la notification d'accords à l'état de projet.

L'obligation de notification concerne toutes les concentrations de dimension communautaire, quelle que soit la part de marché des entreprises qui y participent et quel que soit l'effet produit sur la concurrence dans le Marché commun.

La concentration ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée ni pendant un délai de trois semaines suivant sa notification. Ce délai peut être prorogé si la Commission l'estime nécessaire pour assurer l'effet utile de la décision qu'elle sera amenée à prendre ultérieurement sur la compatibilité de la concentration avec le Marché commun. Cependant, l'obligation de suspension ne fait pas obstacle à la réalisation d'une offre publique d'achat ou d'échange notifiée, pour autant que l'acquéreur n'exerce pas les droits de vote attachés aux participations concernées ou ne les exerce qu'en vue de sauvegarder la pleine valeur de son investissement et sur la base d'une dérogation octroyée par la Commission.¹⁸⁸ Une dérogation à l'obligation de suspension peut en outre être octroyée par la Commission en vue d'éviter un préjudice grave à une ou plusieurs des parties ou à un tiers.¹⁸⁹

La «validité» de toute transaction qui serait réalisée en violation de l'obligation de suspension «dépend» de la décision à prendre par la Commission sur la compatibilité de l'opération avec le Marché commun.¹⁹⁰ On s'est interrogé sur le sens de cette précision. A notre avis, il ne s'agit pas d'une «validité provisoire» au sens de la jurisprudence relative aux ententes anciennes notifiées en vertu du règlement 17. La transaction n'est pas non plus nulle de plein droit, contrairement à ce qui a été soutenu par certains.¹⁹¹ Nous pensons qu'aussi longtemps que la Commission ne s'est pas prononcée sur la compatibilité de la concentration avec le Marché commun, la validité de la transaction est incertaine: son exécution forcée ne pourra être obtenue en justice, mais l'irrégularité commise pourra être cou-

187 Article 4 §2. On s'est interrogé sur la justification d'une telle obligation qui n'est pas prévue pour les notifications effectuées en vertu du règlement 17: Pappalardo, «Le règlement CEE sur le contrôle des concentrations», *Revue internationale de droit économique* (1990) 3, 25.

188 Article 7 §3.

189 Ibid. §4. Sur les problèmes posés par l'application de l'obligation de suspension aux offres publiques d'acquisition, voir Van Ommeslaghe, *supra* note 128, 259, spécialement 299 et seq.

190 Ibid. §5.

191 Voir Korah et Lasok, «Philip Morris and its Aftermath Merger Control?», *CML Rev.* (1988) 333 et 363.

verte rétroactivement si la Commission aboutit à une conclusion favorable sur le fond.¹⁹²

55. *Le formulaire CO.* Par le règlement 2367/90¹⁹³ du 25 juillet 1990, la Commission a, comme l'y autorisait l'article 23 du règlement 4064/89, arrêté les dispositions d'application concernant les notifications, les délais et les auditions prévus par ce dernier règlement. Les renseignements à fournir à la Commission dans les notifications sont prévus au «Formulaire CO», qui fait partie de l'annexe I de ce règlement.

Il convient d'attirer l'attention sur le huitième considérant du préambule selon lequel «la Commission donnera aux intéressés qui en font la demande l'occasion d'avoir des entretiens informels et strictement confidentiels, dès avant la notification, au sujet de la concentration envisagée». De tels entretiens permettent aux entreprises d'obtenir l'assurance que les indications figurant dans la notification qu'elles se proposent de soumettre sont complètes et, le cas échéant, d'obtenir d'être dispensées de l'obligation de communiquer certaines des informations théoriquement requises par le formulaire CO lorsqu'elles ne sont pas nécessaires pour l'examen du cas.¹⁹⁴ Une telle assurance est importante, non seulement en raison de la brièveté du délai dans lequel la notification doit être effectuée, mais aussi en raison du fait que la notification ne prend effet qu'à partir du moment où elle est complète.¹⁹⁵

L'article 5 prévoit la possibilité, à la demande des parties, de convertir les notifications effectuées sur le formulaire CO en notifications au titre du règlement 17, au cas où la Commission constate que l'opération notifiée ne constitue pas une concentration.

Ce sont surtout les sections 5 et 6 du formulaire CO qui présentent de l'intérêt.

La section 5 décrit les informations à fournir concernant les «marchés affectés».

En ce qui concerne le marché des produits en cause, la Commission précise qu'il peut: «... se composer d'un certain nombre de groupes de produits. On entend par groupe de produits un produit ou un petit groupe de produits qui présente en gros des caractéristiques physiques ou techniques identiques et sont totalement interchangeables. La différence entre les produits du groupe est faible et ne tient généralement qu'à une question de marque et/ou

192 Sur la question, voir Van Ommeslaghe, *supra* note 128, 304 et 305; Pappalardo, *supra* note 187, 28 et 29; van de Walle de Ghelcke, *supra* note 39, 255; Bos et Stuyck, *supra* note 26, 386.

193 JOCE L 219/5 du 14 août 1990.

194 Voir l'article 4 §3 du règlement 2367/90.

195 *Ibid.*, article 4 §2.

d'image. Le marché des produits correspond en général à la classification utilisée par l'entreprise dans ses opérations commerciales.»

On observera qu'une telle définition aboutit à retenir des marchés de produits très étroits, conformément à la tendance générale de la Commission en cette matière.

En ce qui concerne le marché géographique en cause, le formulaire précise que les facteurs pertinents pour sa délimitation «sont la nature et les caractéristiques des produits ou des services concernés, l'existence de barrières à l'entrée ou de préférence des consommateurs, des différences appréciables de parts de marché entre zones voisines ou des écarts de prix substantiels». Ici aussi, on relèvera que l'utilisation des critères énumérés peut aboutir à ce que deux zones géographiques soient réputées constituer des marchés distincts malgré l'absence d'obstacles à l'approvisionnement des utilisateurs d'une des zones par des fournisseurs situés dans l'autre zone, uniquement en raison de préférences subjectives de leur part – ce qui ne paraît guère compatible avec la notion de «marché géographique en cause».

La notion de «marchés affectés» revêt une grande importance dans l'économie du formulaire CO: c'est en effet uniquement pour ces marchés que les parties sont tenues de fournir les indications détaillées requises par le formulaire. Cette notion est définie comme suit:

Par «marchés affectés» on entend des marchés de produits en cause ou des groupes de produits individuels, dans le Marché commun, dans un Etat membre ou, le cas échéant, dans tout marché géographique en cause où

a) deux ou plusieurs parties à la concentration (y compris les entreprises appartenant au même groupe...) exercent des activités sur le même marché de produits ou dans le même groupe de produits et lorsque la concentration entraîne une part de marché combinée de 10% ou plus. Ce sont des relations horizontales

ou

b) l'une quelconque des parties (y compris les entreprises appartenant au même groupe...) exerce des activités sur un marché de produits situé en amont ou en aval par rapport à un marché de produits ou un groupe de produits dans lequel une autre partie exerce son activité et lorsque l'une des parts de marché est égale ou supérieure à 10%, qu'il y ait ou non une relation de fournisseur/client entre les parties en cause. Ce sont des relations verticales.

En l'absence de relations horizontales ou verticales (relations conglomerales), le formulaire ne prévoit la fourniture d'indications détaillées que si l'une des entreprises concernées (y compris les entreprises appartenant au même groupe) détient une part de marché de 25% ou plus d'un marché de produits ou d'une catégorie de produits.

Les informations détaillées à fournir sur les marchés affectés sont énumérées à la section 6. Il s'agit de données concernant:

- les précédents en matière d'entrée sur le marché;
- les facteurs qui influencent l'entrée sur le marché;
- l'intégration verticale;
- la recherche et le développement;

- les réseaux de distribution et de service après-vente;
- l'environnement concurrentiel;
- les accords de coopération;
- les associations professionnelles;
- le contexte mondial.

56. *Procédure d'examen.* La Commission doit procéder à l'examen de la notification dès sa réception. Elle dispose d'un délai d'un mois pour vérifier si l'opération notifiée soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le Marché commun. S'il en est ainsi, elle décide d'engager la procédure. Si l'opération ne soulève pas de doute sérieux ou si elle ne relève pas du champ d'application du règlement, la Commission le constate par voie de décision.¹⁹⁶ Si la Commission n'adopte aucune décision dans le délai d'un mois, l'opération est réputée déclarée compatible avec le Marché commun.¹⁹⁷

La notification fait l'objet d'une publication au *Journal officiel des Communautés européennes*. Quoique le règlement ne le précise pas, la Commission invite à cette occasion les tiers intéressés à lui faire parvenir leurs observations.

Au cas où la Commission décide d'engager la procédure, sa décision définitive doit intervenir dans un délai de quatre mois.¹⁹⁸

Tous ces délais ne sont pas susceptibles de prorogation, même avec l'accord des parties.¹⁹⁹

Si la Commission constate que l'opération notifiée, le cas échéant après modifications apportées par les entreprises concernées, n'est pas de nature à créer ou à renforcer une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative, elle prend une décision déclarant la concentration compatible avec le Marché commun. Cette décision peut être assortie de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à l'égard de la Commission en vue de modifier le projet initial de concentration.²⁰⁰

Dans le cas contraire, la Commission prend une décision déclarant la concentration incompatible avec le Marché commun.²⁰¹ Si l'opération a

196 Article 6 §1.

197 Article 10 §6.

198 Ibid. §3.

199 Voir van de Walle de Ghelcke, *supra* note 39, 254, n° 33.

200 Article 8 §2.

201 Ibid. §3.

déjà été réalisée, la Commission peut ordonner qu'elle soit défaire ou prendre toute autre action appropriée pour rétablir une concurrence effective.²⁰²

La Commission peut révoquer la décision déclarant une concentration compatible avec le Marché commun si cette déclaration repose sur des indications inexacts, si elle a été obtenue frauduleusement, ou si les entreprises contreviennent à une charge dont est assortie la décision.²⁰³

57. *Les restrictions accessoires.* Conformément au considérant 25 du préambule, l'article 8, paragraphe 2, deuxième alinéa, prévoit que la décision déclarant une concentration compatible «couvre également les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration». Cette disposition permet d'éviter que des restrictions indispensables à la réalisation de la concentration subissent un sort différent de celui de la concentration elle-même.

La Commission a précisé la notion de «restriction accessoire» dans une communication publiée au *Journal officiel des Communautés européennes*.²⁰⁴

Selon cette communication, les «restrictions» visées sont celles convenues entre les parties et non celles au détriment des tiers. Ces dernières, si elles sont une conséquence inévitable de la concentration, doivent être évaluées avec celle-ci; si elles en sont dissociables, elles suivront la procédure normale prévue au titre des articles 85 et 86.

L'expression «directement liées» doit s'entendre comme visant les «restrictions subordonnées en importance par rapport à l'objet principal de l'opération», ce qui exclut les «restrictions substantielles de nature entièrement différente», tout comme celles «qui figurent parmi les éléments constitutifs de la concentration», ainsi que celles qui tendent à réaliser de manière progressive la concentration en instaurant un contrôle par étapes successives.

Sont considérées comme «nécessaires à la réalisation de la concentration» les restrictions en l'absence desquelles l'opération ne pourrait pas être réalisée ou ne le serait que dans des conditions plus aléatoires, à des coûts substantiellement plus élevés, dans un délai nettement plus long, ou avec des chances de réussite de loin moins sûres.

a) *Engagement de non-concurrence*

Parmi les catégories principales de restrictions accessoires au sens du règlement et de la communication figurent les engagements de non-concurrence acceptés par le vendeur dans le cas d'opérations de concentration réa-

202 Article 8 §4.

203 Ibid. §5.

204 JOCE C 203/5 du 14 août 1990. Sur cette communication, voir Holley, «Ancillary Restrictions in Mergers and Joint Ventures», 1990 *Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1991, 423 et seq.

lisées par cession d'entreprise ou de partie d'entreprise lorsque leur durée, leur champ d'application territoriale et leur portée matérielle et personnelle n'excèdent pas ce qui est raisonnablement nécessaire pour garantir le transfert à l'acquéreur de la valeur complète des actifs cédés. En ce qui concerne la durée, la Commission admet en principe une période de cinq ans lorsque la cession s'étend à l'achalandage et au savoir-faire, et une période de deux ans lorsqu'elle s'étend uniquement à l'achalandage. En ce qui concerne l'étendue territoriale, la Commission considère que l'engagement doit être limité à la zone où le cédant avait introduit ses produits ou services avant la cession. Quant à la portée matérielle de l'engagement, elle doit se limiter aux produits et services qui faisaient l'objet de l'activité économique cédée. Enfin, la portée personnelle de l'engagement doit être limitée au vendeur, à ses filiales et à ses agents commerciaux. Une protection du vendeur n'est normalement pas une restriction accessoire et doit dès lors être examinée au regard des articles 85 et 86.²⁰⁵

b) *Licences de droit de propriété industrielle et de savoir-faire*

Lorsque les droits de propriété industrielle ou le savoir-faire nécessaire pour l'exploitation des activités cédées peuvent être exploités pour d'autres activités que le cédant ne souhaite pas transférer, le moyen usuel pour garantir à l'acquéreur la pleine jouissance des actifs cédés est la conclusion d'accords de licences en sa faveur. La Commission considère comme «nécessaires» à cet effet les licences simples ou exclusives, le cas échéant limitées aux applications techniques correspondant aux activités de l'entreprise cédée, pour autant qu'elles ne comportent pas de limitations territoriales de fabrication correspondant à la localisation des actifs cédés.

Les mêmes principes s'appliquent en cas de licences de marques, de dénominations commerciales et de droits analogues. Soulignons que la Commission admet qu'en cas de cession d'entreprise «la conclusion d'accords visant à éviter la confusion des marques» est nécessaire.²⁰⁶

c) *Engagements d'achat et de livraison*

Souvent la cession d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise comporte la rupture de liens traditionnels d'approvisionnement et de livraison internes existant antérieurement au sein de l'ensemble économique constitué par le vendeur. Si l'on veut garantir à l'acquéreur la pleine valeur économique de l'entreprise cédée, il peut dès lors être nécessaire de maintenir provisoirement les liens d'achat et de fourniture existants, pour autant qu'ils se limitent à une période transitoire et qu'il s'agisse d'engagements portant sur des quantités fixes, assortis le cas échéant d'une clause évolutive. Des obligations d'approvisionnement ou de livraison à titre exclusif ne seront admises qu'exceptionnellement.²⁰⁷

205 Communication *supra* note 204, section IIIA, 1 à 6.

206 Ibid., section IIIB, 1 à 4.

207 Ibid., section IIIC, 1 à 4.

d) *Acquisitions en commun*

Une concentration peut se réaliser lorsque deux ou plusieurs entreprises conviennent d'acquérir en commun le contrôle d'une ou plusieurs autres en vue de se répartir entre elles ces entreprises ou leurs actifs. Dans un tel cas, la Commission considère comme admissible l'engagement des participants de ne pas lancer d'offre concurrente ainsi que celui de se répartir selon les dispositions convenues les unités de production ou les réseaux de distribution de l'entreprise acquise. Ceci ne vaut toutefois que s'il n'en résulte pas une coordination du comportement futur des entreprises acquéreuses.²⁰⁸

e) *Entreprises communes à caractère concentratif*

Dans la mesure où les fondateurs stipulent un engagement de non-concurrence en faveur de l'entreprise commune et où cet engagement « vise à exprimer la réalité du retrait durable des fondateurs du marché assigné à l'entreprise commune », il doit être reconnu comme partie intégrante de la concentration. De même, les licences de droits de propriété industrielle et de savoir-faire octroyées par les fondateurs à l'entreprise commune, même à titre exclusif, sont aussi considérées comme « nécessaires » à la réalisation de la concentration. Enfin, si les fondateurs restent présents sur un marché en amont ou en aval de celui de l'entreprise commune, d'éventuels engagements d'approvisionnement et de livraison sont à apprécier dans les mêmes conditions que ceux convenus en cas de cession d'entreprise.²⁰⁹

58. *Pouvoir d'intervention des autorités nationales.* Le problème de la répartition des compétences entre la Commission et les autorités nationales compétentes en matière de concurrence a fait l'objet de discussions difficiles lors de l'élaboration du règlement. La solution retenue reconnaît en principe à la Commission le pouvoir exclusif de se prononcer sur les concentrations de dimension communautaire;²¹⁰ toutefois, cette exclusivité est tempérée par deux exceptions:

- a) L'article 21, paragraphe 3, permet aux Etats membres de prendre « les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le règlement et qui sont compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire ». Sont considérés comme intérêt légitime: la sécurité publique, la pluralité des médias, les règles jurisprudentielles et tout autre intérêt public communiqué par l'Etat membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen.
- b) L'article 9 permet à la Commission de renvoyer, sur leur demande, aux autorités compétentes d'un Etat membre toute opération de

208 Communication *supra* note 204, section IV, 1 à 4.

209 Ibid., section V.

210 Conformément à ce qu'on appelle en anglais le *one stop shop principle*.

concentration qui «menace de créer ou de renforcer une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans un marché à l'intérieur de cet Etat membre, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct, qu'il s'agisse ou non d'une partie substantielle du Marché commun». Toutefois, il ne s'agit là que d'une faculté: même s'il s'agit d'un «marché distinct» au sens de cette disposition, la Commission conserve le pouvoir de traiter le cas elle-même.

A ce jour, la Commission a donné une interprétation restrictive à cette disposition. Ainsi, dans ses décisions *Varta/Bosch* du 31 juillet 1991²¹¹ et *Alcatel/AEG Kabel* du 18 décembre 1991,²¹² tout en reconnaissant l'existence d'un marché géographique distinct en République fédérale d'Allemagne, elle a refusé de faire droit à la demande de renvoi de l'Office fédéral des cartels. En l'occurrence, les concentrations produisaient aussi des effets importants dans d'autres Etats membres. En revanche, dans l'affaire *Steetley/Tarmac*,²¹³ elle a accepté de renvoyer aux autorités compétentes britanniques une concentration ayant pour effet de créer une position dominante sur le marché du Royaume-Uni, sans affecter de manière substantielle le reste de la Communauté.

59. *Autres rapports avec les autorités nationales.* Tout comme le règlement 17, le règlement 4064/89 prévoit que la Commission agit en liaison étroite et constante avec les autorités compétentes des Etats membres.²¹⁴

Ainsi, elle doit leur transmettre copie des notifications et des pièces les plus importantes du dossier. Quand il s'agit d'appliquer l'article 9, elle recueille les communications des autorités nationales et leur donne l'occasion de faire connaître leur point de vue à tous les stades de la procédure jusqu'à l'adoption d'une décision quant au renvoi de l'affaire. Les autorités nationales sont associées à la Commission à l'occasion des demandes de renseignements et des vérifications que celle-ci peut effectuer auprès des entreprises. Enfin, elles participent à un comité consultatif appelé à émettre un avis sur toute décision que la Commission se propose d'adopter. La Commission doit tenir «le plus grand compte» de cet avis. Contrairement à l'avis du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, qui ne peut jamais être publié, la Commission peut procéder à la publication de l'avis du comité consultatif en matière de concentrations; en ce cas, elle tient dûment compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que

211 JOCE L 320/26 du 22 novembre 1991.

212 Non publiée.

213 Décision du 12 février 1992, non publiée.

214 Article 19 §2.

leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués, ainsi que de l'intérêt des entreprises concernées à ce qu'une publication ait lieu.²¹⁵

60. *Contrôle juridictionnel.* L'article 16 attribue à la Cour de justice compétence de pleine juridiction sur les recours contre les décisions par lesquelles la Commission fixe une amende ou une astreinte. En fait, depuis l'entrée en fonction du Tribunal de première instance des Communautés européennes, les recours doivent être formés devant cette juridiction, un pourvoi limité aux questions de droit pouvant être intenté devant la Cour de justice contre les décisions du Tribunal.

Quoique le règlement ne le précise pas, toutes les décisions que la Commission est appelée à prendre, même celles ne fixant pas une amende ou une astreinte, peuvent faire l'objet d'un recours de légalité,²¹⁶ lequel doit aussi être porté devant le Tribunal de première instance.

Le recours est ouvert non seulement aux parties intéressées à la concentration (en cas de décision négative de la Commission), mais aussi, à notre avis, aux tiers qui ont fait connaître leur point de vue à la Commission au cours de la procédure.²¹⁷ Le cas peut se présenter, soit que la Commission décide de ne pas interdire la concentration, soit qu'elle considère que celle-ci ne relève pas du règlement, soit enfin qu'elle la déclare compatible avec le Marché commun. A notre avis, un recours est aussi ouvert contre la déclaration de compatibilité résultant de l'absence de décision de la Commission dans les délais prévus par l'article 10, paragraphes 1 et 3.²¹⁸ Ce droit de recours des tiers lésés est d'autant plus important que le règlement n'a pas prévu en leur faveur le droit de déposer plainte. Leur seule possibilité d'intervention est d'être entendus pas la Commission au cours de la procédure.²¹⁹

B. Régime applicable aux concentrations sans dimension communautaire

61. *Non-applicabilité du règlement 17.* L'article 22, paragraphe 2, du règlement 4064/89 déclare le règlement 17, ainsi que les règlements parallèles existant dans les secteurs des transports inapplicables aux concentrations «telles que définies à l'article 3». Cette dernière disposition définissant la

215 Article 19 §7.

216 Article 173, alinéa 2, du Traité. Ceci ressort d'ailleurs implicitement de l'article 21 §1 du règlement.

217 Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice sur la recevabilité des recours des tiers plaignants contre les décisions d'exemption en vertu de l'article 85 §3.

218 En ce sens, voir Bourgeois et Drijber, «De EEG concentratiecontroleverordening: een eerste commentaar», *SEW* (1990) 119, 129.

219 Article 18 §4.

notion de concentration sans égard à la question de savoir s'il s'agit ou non d'une concentration de dimension communautaire, il s'ensuit que les concentrations sans dimension communautaire ne font plus l'objet d'aucune réglementation d'application. On se trouve, en ce qui les concerne, dans le régime des articles 88 et 89 du Traité.

Il convient d'examiner quels sont, dans ce régime, les pouvoirs d'intervention de la Commission, des autorités nationales compétentes en matière de concurrence et des juridictions nationales.

a) *Pouvoirs de la Commission*

L'article 85 (pour autant qu'il soit applicable aux concentrations)²²⁰ et l'article 86 ne peuvent plus être appliqués par la Commission que conformément à l'article 89. Sans préjudice d'une application possible de l'article 22, paragraphe 3, du règlement,²²¹ la Commission ne dispose pas, en ce qui concerne ces concentrations, des pouvoirs étendus d'investigation et de décision prévus par le règlement 4064/89 en ce qui concerne les concentrations de dimension communautaire et par le règlement 17 en ce qui concerne les ententes et les abus de position dominante.

On peut s'interroger quant à la légalité de cette réduction des pouvoirs d'intervention de la Commission. Selon certains, les articles 87 et 235 du Traité, sur la base desquels le règlement a été adopté, prévoiraient uniquement des mesures destinées à réaliser les objectifs du Traité et non des mesures allant dans le sens inverse.²²² Selon d'autres, l'article 87, paragraphe 2(e), du Traité, qui autorise le Conseil à définir les rapports entre les législations nationales et les règles communautaires de concurrence, fournirait une base juridique suffisante à l'article 22, paragraphe 2, du règlement.²²³

La Commission a déclaré qu'elle n'a normalement pas l'intention d'utiliser les pouvoirs que lui donne l'article 89 à l'encontre d'opérations «se situant au-dessous d'un niveau de chiffre d'affaires mondial de 2 milliards d'écus ou au-dessous d'un niveau de chiffre d'affaires minimal communautaire de 100 millions d'écus, ou qui ne répondrait pas au seuil des deux-tiers prévu à l'article 1er, paragraphe 2, dernière partie de la phrase», considérant que «de telles opérations ne seraient normalement pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres».²²⁴ Il

220 Voir la controverse concernant l'interprétation de l'arrêt *Philip Morris*.

221 Voir *infra* point 62.

222 Des doutes sérieux ont été émis à ce sujet par Alexander, «Le contrôle des concentrations entre entreprises – une affaire communautaire», *CDE* (1990) 529.

223 En ce sens, voir Bourgeois, *supra* note 124.

224 Voir *Bull.C.E., Suppl. 2/90*, 25. Tels étaient en effet les seuils qui avaient été proposés par la Commission pour la définition de la «dimension communautaire» dans la proposition de règlement qu'elle avait soumise au Conseil.

s'ensuit que la Commission se réserve la possibilité de recourir à l'article 89 pour les concentrations sans dimension communautaire qui dépasseraient ces seuils.

Il est en outre probable que la Commission aura tendance à interpréter restrictivement la disposition de l'article 22, paragraphe 2. Ainsi, si une des parties à la concentration a une position dominante et si la réalisation de la concentration suppose ou s'accompagne de comportements ayant par eux-mêmes un caractère abusif, la Commission pourrait recourir aux pouvoirs d'instruction et d'interdiction que lui accorde le règlement 17 à l'égard des abus de position dominante.²²⁵

b) Pouvoirs des autorités nationales

En vertu de l'article 88, les autorités des Etats membres compétentes en matière de concurrence peuvent appliquer l'article 85, y compris son paragraphe 3, et l'article 86 conformément aux dispositions de leur droit de procédure nationale. Dans la mesure où l'on estimerait que le Conseil était compétent pour déclarer le règlement 17 inapplicable aux concentrations, il faudrait admettre que les Etats membres sont tenus, en vertu des articles 3(f) et 5 du Traité, d'appliquer leur législation nationale aux concentrations sans dimension communautaire lorsque celles-ci sont de nature à restreindre la concurrence dans le Marché commun et à affecter le commerce entre les Etats membres.²²⁶

c) Pouvoirs des juridictions nationales

Les juridictions nationales statuant sur les litiges privés entre particuliers ne peuvent, conformément à la jurisprudence *Bosch*, appliquer la nullité de plein droit de l'article 85, paragraphe 2, qu'aux accords et décisions à l'égard desquels soit les autorités nationales, soit la Commission, ont adopté une décision en vertu de l'article 88 ou de l'article 89, alinéa 2, respectivement.²²⁷ L'article 86, quant à lui, est directement applicable par les tribunaux nationaux nonobstant l'absence de règlement adopté en vertu de l'article 87.²²⁸

Certains se sont demandé si la jurisprudence *Bosch*, qui avait en vue une situation dans laquelle des règles d'application des articles 85 et 86

225 On peut penser au cas où la concentration ferait suite à une pratique de prix prédateurs menée par l'acquéreur afin de vaincre la résistance de l'entreprise cible ou au cas où l'opération permettrait à l'acquéreur d'obtenir un accès exclusif à une technologie et d'en priver un concurrent (hypothèse en cause dans l'affaire *Tetra Pak I*, décision du 26 juillet 1988, JOCE L 272/27 du 4 octobre 1988).

226 En ce sens, voir Bourgeois, *supra* note 124, 103, 109.

227 Voir arrêt du 6 avril 1962, *Bosch*, affaire 13/61, Rec. 89.

228 Voir arrêt du 11 avril 1989, *Asjes and others*, affaires jointes 209 à 213/84, Rec. 1425, attendu 65.

n'avaient pas encore été adoptées, peut être assimilée au cas où le Conseil déclare inapplicable des règlements inexistant. ²²⁹ En cas de réponse négative, il faudrait en conclure que même les pouvoirs d'intervention limités résultant des articles 88 et 89 auraient cessé d'exister – solution difficile à accepter.

62. *Application du règlement 4064/89 à la demande d'un Etat membre.* En vertu de l'article 22, paragraphe 3, du règlement, un Etat membre peut demander à la Commission de constater qu'une opération de concentration sans dimension communautaire crée ou renforce une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative sur le territoire de l'Etat membre concerné. Dans ce cas, la Commission peut interdire la concentration et ordonner les mesures de désinvestissement requises pour rétablir la concurrence. Elle peut aussi subordonner la déclaration de compatibilité de la concentration à l'acceptation de modifications à apporter au projet initial. La demande de l'Etat membre doit intervenir au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle l'opération de concentration lui a été communiquée ou a été réalisée. ²³⁰

Cette disposition, adoptée à la demande des Etats qui, comme les Pays-Bas, ne disposaient pas d'une législation nationale leur permettant de contrôler les concentrations sans dimension communautaire, n'a pas encore donné lieu à application.

C. Conclusion

63. *L'application du règlement dans la pratique.* L'application du règlement 4064/89 s'est effectuée jusqu'à présent de manière satisfaisante. La Commission a démontré qu'elle était en mesure de s'acquitter de ses tâches de manière efficace malgré les délais très brefs prévus pour l'adoption de ses décisions. Elle s'est inspirée d'une vision généralement positive à l'égard des concentrations, conformément à ce que commande le préambule du règlement. ²³¹ Ceci ne l'a toutefois pas empêchée d'imposer des conditions strictes lorsque l'opération notifiée aboutissait à un renforcement excessif de

229 En ce sens, voir van de Walle de Ghelcke, *supra* note 39, 256, n° 46.

230 Article 22 §4.

231 Voir en particulier le 4^e considérant: «Considérant qu'une telle évolution doit être appréciée de manière positive parce qu'elle correspond aux exigences d'une concurrence dynamique et qu'elle est de nature à augmenter la compétitivité de l'industrie européenne, à améliorer les conditions de la croissance et à relever le niveau de vie dans la Communauté.»

la puissance des entreprises concernées,²³² voire même dans un cas à interdire totalement la concentration.²³³ Contrairement aux craintes que l'on aurait pu avoir, l'application de l'article 9 n'a pas eu pour effet de réintroduire une «double barrière»: en effet, ce n'est que dans des cas où les effets de l'opération étaient concentrés dans un seul Etat membre que la Commission a fait usage de sa faculté de renvoi aux autorités nationales. Dans la pratique, le système de répartition des compétences entre autorité communautaire et autorités nationales est considérablement plus centralisé dans la Communauté qu'aux Etats-Unis d'Amérique.²³⁴

64. *Les lacunes de la réglementation actuelle.* Le fait que l'application du règlement 4064/89 se soit faite jusqu'ici de manière généralement satisfaisante ne saurait faire oublier que le régime des concentrations continue de présenter un caractère imparfait. La fixation de seuils d'applicabilité extrêmement élevés, combinée à l'exclusion de toute réglementation applicable aux concentrations n'atteignant pas ces seuils, entraîne une disparité de traitement difficile à justifier. En effet, de nombreuses concentrations susceptibles d'exercer des répercussions à l'échelle de la Communauté échappent en pratique à tout contrôle efficace de la Commission et continuent d'être soumises à une multiplicité de réglementations nationales divergentes et parfois contradictoires.

En outre, la différence de traitement entre entreprises communes «concentratives» et entreprises communes «coopératives», jointe à la difficulté de trouver un critère approprié pour distinguer les deux notions, présente le double inconvénient de compromettre la sécurité juridique des entreprises et d'encourager des travaux d'«ingénierie juridique» dans le seul but d'aboutir à l'application du régime juridique le plus favorable.

Il est à espérer qu'avec l'abaissement des seuils envisagé par l'article 1, paragraphe 3, du règlement, la Commission mettra fin à la dichotomie existante ou, à défaut, modifiera l'interprétation restrictive donnée à la notion d'entreprise commune «concentrative» dans sa communication du 14 août 1990, afin d'y inclure des opérations entraînant une modification structurelle caractérisée, même si elles sont de nature à entraîner certaines répercussions sur le comportement concurrentiel des parties.

232 Décisions *Alcatel/Telettra*, *Varta/Bosch*, *Magneti Marelli/CEAC*, *Fiat Geotech/Ford New Holland*.

233 Décision *Aérospatiale-Alenia/de Havilland*, *supra* note 10.

234 Voir arrêt *California v. American Stores Company*, 109 L.Ed.2d 240, qui permet aux autorités antitrust d'un Etat fédéré de demander la dissolution d'une fusion qui avait été approuvée par la *Federal Trade Commission* après notification en vertu de la loi Hart-Scott-Rodino.

The first part of the paper discusses the theoretical background of the proposed method. It starts with a review of the existing literature on the topic, highlighting the limitations of current approaches. The authors then introduce their new method, which is based on a novel combination of statistical techniques. This method is designed to address the challenges posed by the data, such as its high dimensionality and the presence of outliers. The theoretical properties of the method are derived, showing that it is consistent and efficient under certain conditions. The second part of the paper is devoted to empirical studies. The authors apply the proposed method to several real-world datasets, comparing its performance with that of other state-of-the-art methods. The results show that the proposed method consistently outperforms the competitors in terms of accuracy and robustness. In particular, it is able to handle the complex dependencies and noise present in the data more effectively. The authors also provide a detailed analysis of the computational complexity of the method, showing that it is feasible for large-scale applications. Finally, the paper concludes with a discussion of the implications of the findings and suggestions for future research. The authors believe that the proposed method represents a significant advance in the field and hope that it will inspire further research and practical applications.

The authors would like to thank the following individuals for their helpful comments and suggestions: Dr. John Doe, Dr. Jane Smith, and Dr. Alex Johnson. This work was supported by the National Science Foundation under grant number 12345678. The authors also acknowledge the support of the XYZ Corporation. Correspondence should be addressed to the first author at the following email address: john.doe@xyz.com.

103
 104
 105
 106
 107
 108
 109
 110

La Banque européenne pour la reconstruction et le développement Aspects juridiques*

par

JEAN-VICTOR LOUIS

* L'auteur se doit de mentionner que sa tâche a été grandement facilitée par la lecture de l'ouvrage du Dr. Ibrahim F.I. Shihata, *vice-president and general counsel* de la BIRD: *The European Bank for Reconstruction and Development. A Comparative Analysis of the Constituent Agreement* (1990).

Il a pu aussi bénéficier d'informations et de commentaires émanant de personnes associées à l'activité de la BERD. Il tient toutefois à souligner que les opinions émises n'engagent que lui.

Sur les événements en Europe centrale et orientale, le lecteur est invité à se reporter à l'ouvrage: *Un défi pour la Communauté européenne: les bouleversements à l'est et au centre du continent* (1991).

Depuis la rédaction de ce cours a paru un livre de P.A. Menkveld, *Origin and Role of the European Bank for Reconstruction and Development* (1991). Le lecteur pourra aussi se reporter aux articles de D.R.R. Dunnett, «The European Bank for Reconstruction and Development: A legal survey», 28 *CML Rev.* (1991) 571-597 et de Ph. Saunier et J. Touscoz, «La Banque européenne pour la reconstruction et le développement», *RMC* (1992) 22-33.

Table des matières

Introduction	259
A. Le contexte	259
B. L'initiative	260
C. La concrétisation de l'initiative	261
I. Présentation de l'institution: caractère, objet, fonctions et participation	264
A. Une institution politique au service de la démocratie?	264
B. Une banque de développement ou une banque d'affaires?	267
C. Une institution régionale: le caractère européen de la BERD	268
D. Le caractère international de la Banque	268
E. Les fonctions énoncées à l'article 2	269
F. Les membres (articles 3 et 61)	270
II. Le capital, les autres ressources, les provisions et les réserves	272
A. Le capital social initial autorisé. Augmentation (article 4)	272
B. Le capital souscrit	272
C. Le capital libéré	273
D. Les ressources ordinaires et les ressources spéciales (articles 7 et 19 de l'accord)	276
1. Les ressources ordinaires (article 7)	276
2. Les ressources spéciales (article 19)	276
E. Les provisions, la réserve spéciale et la réserve générale	276
III. Les pays bénéficiaires des opérations (article 8)	277
IV. Les opérations	280

V. Les organes	284
A. Le conseil des gouverneurs	284
1. Composition	284
2. Pouvoirs (article 24)	284
3. Fonctionnement et procédure de vote (articles 25 et 29)	285
B. Le conseil d'administration	286
1. Composition (article 26)	286
2. Procédure (article 28)	287
3. Le président de la Banque (article 30)	288
4. Les vice-présidents (article 31)	289
5. Les organes subsidiaires	289
VI. La Communauté et la BERD	289
A. Base juridique de la participation de la Communauté européenne et de la Banque européenne d'investissement. Mise en œuvre	290
B. Coordination de la position de la Communauté et de ses Etats membres au sein des organes de la BERD	291
VII. Dispositions générales	293
A. Suspension temporaire et cessation des opérations (articles 40 à 42)	293
B. Personnalité juridique, privilèges et immunités, exemptions (articles 44 et suivants)	294
C. Amendements, interprétation et arbitrage (articles 56 à 58)	296
D. Langues faisant foi et langues de travail	297
E. Entrée en vigueur (article 62)	298
Conclusions	298

Biographie

Né le 10 janvier 1938 à Uccle (Bruxelles), de nationalité belge, M. Jean-Victor Louis est docteur en droit de l'Université libre de Bruxelles, diplômé d'études supérieures européennes du Centre européen universitaire de Nancy, licencié spécial en droit international de l'Université libre de Bruxelles et agrégé de l'enseignement supérieur en droit des gens.

Depuis 1967, il a assumé successivement les fonctions de secrétaire, de directeur, directeur des recherches et est actuellement président de l'Institut d'études européennes de l'ULB. Il a également été chargé de cours, professeur extraordinaire depuis 1970 et est professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles depuis 1978.

En 1972, M. Louis est devenu conseiller auprès du service juridique de la Banque nationale de Belgique. Il y a été nommé chef dudit service en 1980 et conseiller de la direction en 1990. Il est directeur des Cahiers de droit européen, il a présidé l'Association belge pour le droit européen de 1983 à 1985, et il est vice-président de la Société belge de droit international. Il a été professeur invité à l'université de Paris I-Panthéon-Sorbonne en 1986-1987 et *Visiting scholar* au Woodrow Wilson Center for international scholars, Smithsonian Institute, Washington, D.C., en septembre 1988.

M. Louis a assuré la coordination du groupe de travail du Centre inter-universitaire de droit comparé et la rédaction, avec E. de Lhoneux, du rapport de synthèse: *Régime juridique des relations entre les opérateurs économiques et les organismes d'exécution du droit communautaire*, 1979-1982, 3 vol., 800 pages dactylographiées.

Il est président du groupe «Système européen de banques centrales» créé en 1988 par le CEPREM et patronné par le Comité Altiero Spinelli pour l'union européenne.

Il a reçu le grand prix européen Emile Bernheim en 1969 et, avec les autres auteurs du Commentaire Mégret, le prix Paul-Henri Spaak en 1979.

Publications principales

- *Les règlements de la Communauté économique européenne* (1969) XXXVII + 512 p.
- «Le Fonds européen de coopération monétaire», *CDE* (1973) 255-297.
- «L'adoption du premier mandat de négociation avec l'Autriche – 2 mars 1965», *Les Missions permanentes auprès des organisations internationales*, t. II (1973) 361-426.
- «Le Fonds de soutien financier de l'OCDE», *Studia Diplomatica* (1975) 357-438.
- *L'ordre juridique communautaire*, collection Perspectives européennes (éd. parue dans les langues de la Communauté), Bruxelles, Office des publications des Communautés européennes, depuis 1979. Editions dans toutes les langues de la Communauté européenne. 5e éd. française parue en 1990.
- Co-directeur et auteur de J. Mégrett, M. Waelbroeck, J.-V. Louis, D. Vignes et J.L. Dewost, *Le droit de la Communauté économique européenne*, depuis 1970, 15 vol., 2de édition en préparation, contributions dans cette collection spécialement sur la politique sociale, les relations extérieures, les actes des institutions. Contribution sur la libre circulation des capitaux dans le vol. 3 de la 2de édition.
- J. Jackson, J.-V. Louis, M. Matsushita, *Implementing the Tokyo Round. National Constitutions and International Economic Rules* (1984) 223 p.
- *Du Système monétaire européen à l'Union monétaire*, Document, Commission des Communautés européennes, OPOCE, Luxembourg, 1989, 67 p.; 1990, 2de éd., 68 p. Versions parues ou en préparation dans les autres langues de la Communauté.
- *Vers un Système européen de banques centrales. Projet de dispositions organiques*, Rapport d'un groupe de travail présidé par J.-V. Louis (1989) 315 p.
- Co-éditeur avec D. Waelbroeck, *La Commission au cœur du système institutionnel des Communautés européennes* (1989) 112 p.
- «L'Acte unique européen», in *L'instauration du marché intérieur le 1er janvier 1993* (1989) 7-42.
- Collaboration au «Répertoire Dalloz de droit communautaire» et au «EWG-Kommentar», 4e éd., de Groeben-Thiesing et Ehlermann.
- Publié sous la direction de J.-V. Louis et de D. Devos, *Ethique des marchés financiers, Financial Markets Ethics*, actes du colloque organisé

par l'Institut d'études européennes à Bruxelles les 12 et 13 février 1990, (1991) VIII + 224 p.

— Sous la direction de P. Van den Bempt, J.-V. Louis, M. Quintyn, Trans European Policy Studies Association (TEPSA), *Intégration financière et Union monétaire européenne* (1991).

Introduction

A. Le contexte

Il faut situer la création de la BERD dans le contexte du bouleversement qui s'est opéré en Europe centrale et orientale en 1989: les premières élections libres en Pologne; les changements en Hongrie, d'abord au sein du parti communiste; enfin, l'ouverture et la destruction du mur de Berlin.

Le sommet dit de «l'Arche» des sept chefs d'Etat et de gouvernement des principaux Etats industrialisés et du président de la Commission de la Communauté européenne, s'est réuni du 14 au 16 juillet 1989 et ses délibérations ont été particulièrement marquées par les événements en Pologne et en Hongrie.

Parmi les déclarations nombreuses qu'il a adoptées, il faut mentionner notamment celle qui concerne les relations Est-Ouest. Les participants au sommet se sont félicités du processus de réforme en cours en Pologne et en Hongrie et ils «se sont déclarés prêts à le soutenir par une aide économique coordonnée et destinée à transformer et à ouvrir les économies polonaise et hongroise d'une manière durable». En vue d'associer aux Sept et à la Communauté européenne d'autres pays intéressés ainsi que les organisations multilatérales compétentes, les Sept ont demandé qu'une réunion se tienne à bref délai pour organiser la mise en place de cette aide concertée et que la Commission prenne les initiatives nécessaires à cette fin.

La Commission a défini les actions envisagées: l'aide alimentaire, la coopération commerciale et la coopération économique, y compris l'assistance financière. Elle a aussi indiqué quel serait son rôle dans le suivi du sommet. Ce serait une tâche de coordination des opérations de soutien au processus de réforme en Pologne et en Hongrie engagées par les différents pays concernés, afin de parvenir à un programme d'ensemble cohérent et répondant aux besoins spécifiques de chacun des deux pays.

Une première réunion des vingt-quatre pays membres de l'OCDE a été convoquée par la Commission le 1er août 1989. Etaient associés à cette réunion des représentants de l'OCDE, du FMI, de la Banque mondiale et du Club de Paris. C'est à cette occasion qu'a été lancé le programme d'aide à la Pologne et à la Hongrie connu sous le nom de PHARE: Pologne-Hongrie, Aide à la Reconstruction Economique. La deuxième réunion eut lieu le 16 septembre 1989.¹

1 Sur les modalités de gestion du programme Phare, voir en particulier la réponse de la Commission du 14 juin 1991 à la question écrite du député au Parlement européen, M. Gérard Deprez, JOCE C 227 du 31 août 1991, 1.

B. L'initiative

L'idée a germé de divers côtés qu'une institution spécifique de coordination du soutien financier aux réformes économiques devait être créée pour structurer les diverses initiatives et les canaliser. La Commission, coordinatrice, ainsi qu'on l'a vu, du programme des vingt-quatre, agissait certes en étroit contact avec les institutions financières internationales, mais celles-ci avaient des mandats spécifiques, souvent universels, et la Commission elle-même n'était pas un organisme financier.

Ni la Banque européenne d'investissement, institut financier et organe autonome de la Communauté intervenant à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté, sur le mandat dans ce cas de ses Etats membres, n'était désignée pour ce faire, ni la Banque mondiale ne pouvait concentrer ses ressources prioritairement au développement d'une région du monde dont les problèmes étaient certes graves mais assurément moins dramatiques que ceux des pays en voie de développement, destinataires habituels de l'action de la Banque mondiale.

La première personne à avoir parlé publiquement de la création d'une institution financière spécialisée dans les problèmes de l'est et du centre de l'Europe a été Alfred Herrhausen, président de la *Deutsche Bank*. Cet éminent banquier, qui devait être quelques semaines plus tard assassiné, lança l'idée en marge des assemblées générales du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale. Pour Alfred Herrhausen, il s'agissait de coordonner l'aide financière pour les réformes économiques en Pologne. L'appellation qui serait provisoirement donnée à la nouvelle institution serait: «Institut pour le renouveau économique». Cet établissement serait fixé à Varsovie. L'administration serait composée d'une majorité de représentants des pays occidentaux donateurs. A plus long terme, la Pologne aurait le droit de participer à la décision. L'Institut devrait aider et contrôler l'aide occidentale, en collaboration étroite avec les autorités et l'industrie polonaises. L'auteur du plan considérait le montant de 10 milliards de dollars – demandé à l'époque à l'Ouest par Lech Walesa qui était encore *leader* de Solidarité – comme non exagéré. Un Hollandais serait le président de cet institut.

Le 23 octobre 1989, le président de la commission des Relations extérieures du Parlement européen, Willy De Clercq, a proposé, au nom du groupe libéral et démocratique, la création d'une «banque de développement euro-polonaise». Un autre membre du même groupe, Valéry Giscard d'Estaing, avait pour sa part évoqué un plan Marshall pour l'Europe de l'Est. Pour le groupe libéral, la banque serait financée à 50 p.100 par la Pologne et à 50 p.100 par les pays de la Communauté européenne (banques privées et Etats membres). Au départ, le capital serait de 150 millions

d'écus et la banque commencerait par des prêts à conditions favorables pour environ 1,2 milliards d'écus.²

Le 25 octobre 1989, s'adressant au Parlement européen en sa qualité de président du Conseil européen, le président François Mitterrand a pris l'initiative qui devait être décisive et porter cette fois non plus sur la seule Pologne, mais sur l'ensemble des pays concernés d'Europe centrale et orientale. Après avoir évoqué l'idée d'un centre franco-polonais pour la promotion des investissements, le président s'était interrogé:

Que peut faire l'Europe? C'est tellement plus! Pourquoi ne pas créer une banque pour l'Europe qui, comme la Banque européenne d'investissement, financera les grands projets en associant à son conseil d'administration les Douze européens. Et puis les autres: la Pologne, la Hongrie, pourquoi pas l'Union soviétique et d'autres encore?

Ce qui a été fait pour la technologie ou pour l'audiovisuel avec Eureka. Qu'est-ce qui nous retient? Serait-ce que le domaine de la finance est sacro-saint ou, lorsqu'on n'est pas un expert ou un président, PDG de quelque chose, on n'aurait pas le droit d'y toucher? C'est une décision éminemment politique que la création d'une banque pour l'Europe.³

Le 10 novembre, le mur de Berlin s'ouvrait. Le problème acquérait dès lors une dimension globale et une urgence admise par tous.

Le 18 novembre, un dîner de travail réunit à Paris les chefs d'Etat et de gouvernement des douze Etats membres de la Communauté. Ils ont décidé notamment de mettre à l'étude en prévision du conseil européen de Strasbourg de décembre 1989 le projet d'une banque de développement et de modernisation pour l'Europe de l'Est.

C. La concrétisation de l'initiative

Réuni à Strasbourg les 8 et 9 décembre 1989, le Conseil européen a approuvé la création d'une banque européenne pour la reconstruction et le développement dont il a indiqué l'objet et quelques principes directeurs.

Nous citons intégralement le passage des conclusions de la présidence consacrées à la BERD:

Le Conseil européen a approuvé la création d'une banque européenne pour la reconstruction et le développement. Son objet sera de promouvoir, en consultation avec le FMI et la Banque mondiale, les investissements productifs et concurrentiels dans les Etats d'Europe centrale et orientale, de réduire, le cas échéant, les risques liés au financement de leurs économies, de faciliter la transition vers une économie plus orientée vers le marché et d'accélérer les ajustements structurels nécessaires. Les Etats d'Europe centrale et orientale concernés pourront participer au capital et à la direction de cette banque dont les pays membres, la

² Voir *Belga*, 26 septembre 1989 et 23 octobre 1989.

³ 10 *Bull. CE* (1989) 91.

Communauté et la Banque européenne d'investissement détiendront la majorité. D'autres pays, et notamment les autres membres de l'OCDE, seront invités à participer. Le Conseil européen souhaite que la banque européenne pour la reconstruction et le développement soit créée aussitôt que possible. Le Conseil européen demande que les dispositions nécessaires soient prises pour que les négociations s'ouvrent dès le mois de janvier 1990. La Banque européenne d'investissement jouera un rôle central dans la préfiguration de la nouvelle institution.⁴

On ne peut nier l'importance pour les développements ultérieurs de l'impulsion ainsi donnée au projet par les plus hautes autorités politiques de la Communauté. On retiendra en particulier, outre la définition de l'objet de la future institution, le principe de la participation des Etats d'Europe centrale et orientale au capital et à la direction de la banque, la majorité revendiquée pour les Etats membres de la Communauté, la Communauté elle-même et la Banque européenne d'investissement à la fois en ce qui concerne le capital et le pouvoir de décision, la mention de l'ouverture de la banque aux autres membres de l'OCDE et à d'autres Etats, ainsi que la volonté de voir la banque se créer aussitôt que possible et l'indication de janvier 1990 comme date de la première phase des négociations.

La conférence s'est en effet ouverte à Paris les 15 et 16 janvier 1990. Outre les vingt-quatre Etats membres de l'OCDE, y ont participé Malte et Chypre, huit pays d'Europe centrale et orientale (RDA, Pologne, Hongrie, Tchécoslovaquie, Roumanie, Bulgarie, Yougoslavie et Union soviétique), la CEE et la Banque européenne d'investissement.

D'autres Etats prendront part aux sessions ultérieures de la conférence. A la réunion des 8 et 11 mars 1990 participeront en outre l'Egypte, Israël, la Corée, le Lichtenstein et le Maroc et à celle des 8 et 9 avril 1990, s'ajoutera le Mexique. Les négociations finales se sont déroulées à Paris le 20 mai 1990 et la signature de l'accord constitutif a pu avoir lieu le 29 mai 1990.

Si les négociateurs n'ont pas pu conclure au mois d'avril et si l'on a eu besoin d'une session supplémentaire de négociations en mai, c'est qu'il a fallu régler le problème du siège de la Banque et celui de sa présidence.

En ce qui concerne le siège, les Etats-Unis avaient soutenu un moment la candidature de Prague, mais ils ont dû abandonner cette idée parce que les Etats membres de la Communauté ont défendu la candidature d'une ville communautaire. Les trois lieux mentionnés le plus fréquemment ont été Paris, Londres et Amsterdam. Au sujet de la présidence s'opposaient les «candidatures» de M. Jacques Attali qui avait présidé la conférence de négociations de l'accord et de M. Onno Ruding, ancien ministre des Finances des Pays-Bas.

4 12 *Bull. CE* (1989) 13. Conclusions de la présidence du conseil européen des 8-9 décembre 1989.

Alors qu'il semblait que la Grande-Bretagne avait promis son appui au candidat néerlandais, un accord s'est réalisé au sein du groupe des Sept à l'occasion d'une réunion à Washington:⁵ M. Attali aurait la présidence de la Banque et le siège de celle-ci serait à Londres.

Cet accord entre les Sept à propos de la Banque est apparu comme l'un des éléments d'un paquet global qui portait aussi sur l'aménagement des quotes-parts au sein du Fonds monétaire international dans le cadre du relèvement des ressources du Fonds. Dans un premier temps, le Royaume-Uni ne paraissait prêt à accepter qu'une diminution de sa quote-part la faisant passer de 6,5 p.100 à 6 p.100. De ce fait, la France serait passée en cinquième place parmi les Etats membres du Fonds, après les Etats-Unis, le Japon et l'Allemagne (*ex aequo*) ainsi que le Royaume-Uni. La négociation du paquet global auquel nous avons fait allusion a permis à la Grande-Bretagne d'accepter une diminution jusqu'à 5,5 p.100. Ainsi, le Royaume-Uni et la France disposaient d'une quote-part de même valeur, ce qui les situait respectivement à la quatrième et à la cinquième place *ex aequo*. La France gardait donc une position importante au sein du Fonds qui lui permettait d'envisager par exemple la perspective de l'entrée de l'Union soviétique sans avoir à craindre de perdre le droit de désigner un administrateur et elle conservait des titres plus importants à la désignation du directeur général qui, le moment venu, devrait remplacer M. Camdessus. Pour sa part, le Royaume-Uni voyait Londres confirmée dans son rôle de capitale financière. La City recevait ainsi un coup de fouet dont elle avait bien besoin. Par la même occasion, Londres perdait toutefois certains atouts pour une éventuelle candidature au siège de la Banque centrale européenne, mais après tout l'attitude du gouvernement britannique à propos de la création de cette dernière n'excluait-elle pas en tout cas cette possibilité?

Des petits Etats membres de la Communauté ont exprimé leur vif mécontentement à l'égard de ce qui leur est apparu comme un *diktat* des Etats membres du groupe des Sept, confirmant les craintes traditionnelles des Pays-Bas et de la Belgique au sujet de l'existence ou de la perspective d'un directoire au sein de la Communauté. Le mécontentement des Etats du Benelux s'est reflété, comme nous le verrons, jusque dans les termes d'une déclaration insérée au procès-verbal lors de l'approbation de la décision du Conseil relative à la signature de l'accord. Les Pays-Bas ont en outre tenu à marquer leur mécontentement en se faisant représenter par de hauts fonctionnaires et non par un membre du gouvernement à la cérémonie de signature le 29 mai 1990 à Paris.

L'accord ayant été ratifié par tous les membres potentiels, c'est-à-dire les Etats signataires, avant le 31 mars 1991, il est entré en vigueur le 28 mars 1991 et la Banque a été inaugurée à Londres le 15 avril 1991.

5 *Financial Times*, 8 mai 1990.

A cette même date, un accord de siège a été conclu entre le gouvernement du Royaume-Uni et la Banque.

I. Présentation de l'institution: caractère, objet, fonctions et participation

A. Une institution politique au service de la démocratie?

Le président de la nouvelle institution a exprimé dans de multiples déclarations son sentiment selon lequel: «La BERD est d'abord une institution politique, la première de l'Europe rassemblée.»⁶

Il est incontestable que les considérations politiques ont une importance inusitée pour une institution financière dans les dispositions de l'accord et dans celles de son préambule.

On trouve en effet dans le préambule:

- l'attachement des parties contractantes aux principes fondamentaux de la démocratie pluraliste, de l'état de droit, du respect des droits de l'homme et de l'économie de marché;
- le rappel de l'acte final de la conférence d'Helsinki sur la sécurité et la coopération en Europe et en particulier la déclaration sur les principes;
- une déclaration des parties contractantes se félicitant de l'intention des pays de l'Europe centrale et orientale de promouvoir la mise en pratique de la démocratie pluraliste, en renforçant leurs institutions démocratiques, l'état de droit et le respect des droits de l'homme, ainsi que leur volonté de procéder aux réformes propres à favoriser la transition vers des économies de marché.

A l'article premier de l'accord, l'objet de la Banque est défini comme suit:

L'objet de la Banque est, en contribuant au progrès et à la reconstruction économique des pays de l'Europe centrale et orientale qui s'engagent à respecter et mettre en pratique les principes de la démocratie pluraliste, du pluralisme et de l'économie de marché, de favoriser la transition de leurs économies, de faire des économies de marché, et d'y promouvoir l'initiative privée et l'esprit d'entreprise.

L'importance de la description de cet objet est soulignée par les dispositions de l'article 8 relatif aux pays bénéficiaires et à l'emploi des ressources. On lit en effet au paragraphe premier de cet article:

Les ressources et facilités de la Banque sont exclusivement employées pour remplir l'objet et les fonctions définis respectivement à l'article 1 et à l'article 2 du présent accord;

6 *L'Echo*, 6-8 avril 1991.

et le paragraphe 2 précise:

La Banque peut exécuter ses opérations dans des pays d'Europe centrale et orientale qui procèdent à une transition résolue vers l'économie de marché, participent à la promotion de l'initiative privée et de l'esprit d'entreprise et appliquent, grâce à des mesures concrètes ou d'autres moyens, les principes énoncés à l'article 1 du présent accord.

Que les pays bénéficiaires doivent s'engager résolument vers l'économie de marché et participer à la promotion de l'initiative privée, mais aussi respecter et mettre en pratique les principes de la démocratie pluraliste et du pluralisme, découle en particulier de la formulation de l'article 8, paragraphe 3 qui prévoit la possibilité pour le conseil d'administration de la Banque d'examiner si l'accès d'un membre aux ressources de la Banque doit être suspendu ou modifié et de faire des recommandations au conseil des gouverneurs «au cas où un membre mettrait en œuvre une politique incompatible avec l'article premier du présent accord ou dans des circonstances exceptionnelles». Il appartiendra alors au conseil des gouverneurs, statuant à la majorité d'au moins deux tiers des gouverneurs représentant au moins trois quart du total des voix attribuées aux membres, de prendre une décision en la matière.

Le maintien d'une démocratie pluraliste et du pluralisme constitue ainsi un engagement pris par les Etats membres de la Banque en souscrivant aux dispositions de l'accord. On peut penser que les dispositions de l'article 38 relatives à la suspension d'un membre trouvent aussi à s'appliquer si ce membre viole ces principes. L'article 38 dispose dans son premier paragraphe que:

Si un membre manque à l'une de ses obligations envers la Banque, celle-ci peut le suspendre par une décision prise à la majorité d'au moins deux tiers des gouverneurs représentant au moins les deux tiers du nombre total des voix attribuées aux membres.

Faute d'une décision rendant à l'intéressé sa qualité de membre, le membre suspendu perd automatiquement celle-ci un an après la date de la suspension. L'affirmation en termes très forts du caractère politique de la Banque n'était pas aussi accentuée dans le texte préparé au sein de la direction française du Trésor et examinée par le comité monétaire des Communautés en novembre 1989 avant la réunion du conseil européen de Strasbourg. Ainsi pouvait-on noter à l'époque l'absence de référence à la démocratie, au pluralisme et aux droits de l'homme tant dans le préambule que dans l'article premier, l'omission de tout renvoi aux textes élaborés dans le cadre de la conférence de sécurité et de coopération en Europe, ainsi que de mentions relatives à la «structure nouvelle et unique de coopération» que l'on trouvera dans le texte final du préambule. Tout se passe comme si le déroulement des négociations et l'élargissement de la participation à de plus

en plus d'Etats au cours de celles-ci avaient conduit à accentuer la description de la «spécificité» de l'institution par rapport aux autres banques de développement et son caractère politique.

On notera une hiérarchie certaine dans la description des engagements des membres bénéficiaires de la Banque entre respect des droits de l'homme et démocratie pluraliste. Il est intéressant de noter que le respect des droits de l'homme est mentionné dans le préambule et non pas dans l'article premier. On peut trouver assurément dans cette différence les traces d'un compromis entre les partisans de l'accentuation du caractère de la BERD comme établissement financier et ceux qui souhaitaient plutôt mettre en lumière sa connotation politique.

On ne saurait toutefois méconnaître que d'une part, la notion de démocratie pluraliste inclut nécessairement le respect des droits de l'homme et que d'autre part, il y a un lien évident entre la transition vers l'économie de marché, l'adoption d'un système démocratique et le respect de la règle de droit. De longs développements ne sont pas nécessaires pour démontrer qu'il n'y a pas de démocratie pluraliste sans respect de la liberté d'expression, d'association et de vote. Pour sa part, la mutation économique fondamentale entreprise dans les pays d'Europe centrale et orientale suppose le développement et la pratique du droit, l'exercice de recours juridictionnels effectifs et impartiaux et la consécration de droits économiques et sociaux.

S'il y a donc un contenu relatif aux droits de l'homme incontestable dans les engagements souscrits par les Etats au titre de l'article premier, il n'en reste pas moins que la BERD n'est pas une instance qui serait chargée, au même titre que les organes créés dans le cadre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'assurer à titre spécifique le respect de ceux-ci. L'appréciation qu'elle portera sur le respect des droits de l'homme et de la démocratie pluraliste ne sera pas celle d'une institution de type juridictionnel.

Le jugement de la BERD sera éclairé par l'attitude du Conseil de l'Europe, une condamnation éventuelle par les organes de la Convention européenne, la politique adoptée par la Communauté européenne, et les développements au sein de la structure créée par la conférence de sécurité et de coopération en Europe.⁷ On songe en particulier au bureau des élections libres qui fonctionne à Varsovie comme suite à l'adoption de la Charte de Paris pour une nouvelle Europe, le 21 novembre 1990 et à la mise en œuvre du document de la réunion de Copenhague de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE (5 au 29 juin 1990).⁸

7 Voir dans le même sens, la réponse de la Commission à une question du 19 avril 1991 de M. Gijssels, député au Parlement européen, JOCE 241 du 16 septembre 1991, 30.

8 Lors du coup d'Etat qui s'est produit en URSS du 19 au 21 août 1991, la BERD a ordonné à l'équipe travaillant à un projet de privatisation d'entreprises dépendant de la

Pour conclure l'examen des questions soulevées dans ce paragraphe, nous pouvons poser l'alternative: la BERD a-t-elle un mandat politique ou y a-t-il des aspects politiques à son mandat? Il nous paraît clair que c'est la deuxième branche de l'alternative qui décrit mieux la réalité de la BERD.

B. Une banque de développement ou une banque d'affaires?

La mission spécifique de la Banque en faveur de l'économie de marché et du développement de l'initiative privée la distingue des autres banques de développement. On a dit qu'il fallait voir en elle une combinaison de la Banque mondiale et de la Société financière internationale (SFI) dans la mesure où cette dernière faisait des prêts, octroyait des garanties et prenait des participations dans des entreprises privées de pays en voie de développement.⁹ Pour son président, la BERD n'est ni une banque de développement ni une institution charitable. C'est la première institution de la nouvelle Europe, d'où le nom de Banque d'Europe qui lui était donné à l'origine parce qu'elle était conçue comme une étape vers la constitution d'un réseau d'organismes couvrant le continent.

On remarquera que dans sa directive du 19 décembre 1990 portant adaptation de la définition technique des «banques multilatérales de développement» figurant dans la directive 89/647/CEE du Conseil relative à un ratio de solvabilité des établissements de crédit,¹⁰ la Commission a décidé que la définition des banques multilatérales de développement inclut la BERD pour le motif que celle-ci présente les mêmes caractéristiques essentielles que les banques multilatérales de développement déjà mentionnées dans la liste et en se référant au passage du préambule plus particulièrement consacré à l'essor économique, à la compétitivité et à l'assistance à la construction et au développement des économies.

Il est incontestable en effet que la BERD comporte des aspects de banque de développement, mais elle doit agir comme une institution financière dans le respect des conditions du marché. Elle souhaite devenir «une institution à but lucratif, mais ne recherchant pas une maximisation des profits».¹¹ Les membres bénéficiaires de la BERD sont des partenaires en affaires et pas des assistés. Les fonctionnaires de la BERD doivent avoir une expérience des marchés plus que de l'aide au développement. Ce n'est

municipalité de Moscou, de rentrer d'urgence à Londres, afin de permettre à la Banque d'évaluer la situation, *Financial Times*, 21 août 1991. Après l'échec du coup d'Etat, le conseil d'administration de la Banque a approuvé, dès le 3 septembre 1991, un plan d'action pour les opérations de la Banque en Union soviétique en 1991 et a décidé de prendre des dispositions immédiates pour l'établissement d'un bureau à Moscou.

9 Keller, De Vries, «De Europese Bank voor Wederopbouw en Herstel: een bank met een missie», *ESB* (1990) 489.

10 JOCE L 17 du 23 janvier 1991, 20.

11 BERD, «Caractéristiques essentielles des politiques financières», juillet 1991.

qu'au moyen des fonds spéciaux permettant des opérations spéciales que la BERD peut faire des prêts à des conditions de faveur.

C. Une institution régionale: le caractère européen de la BERD

La BERD est européenne non seulement par la position spéciale qu'ont la Communauté et les Etats membres, mais aussi par le fait que la très grande majorité de ses membres appartiennent au continent européen.

La Communauté dispose de 51 p.100 des actions et des voix qui sont réparties entre les Etats membres, la Communauté elle-même et la Banque européenne d'investissement. La participation de la Communauté et de la BEI s'élève ensemble à 6 p.100, c'est-à-dire autant que pour l'Union soviétique. La participation de la Communauté comme telle et celle de la Banque européenne d'investissement n'ont pas été acceptées facilement par les Etats-Unis et le Canada qui ont dû à cet égard prendre en considération les conclusions arrêtées par le conseil européen de Strasbourg.

Comme nous le verrons, la Communauté et ses Etats membres disposent d'une garantie de participation permanente au niveau de 51 p.100. Les adhésions ne peuvent pas porter atteinte à cette majorité. Il faut toutefois souligner dès à présent qu'il existe une éventuelle majorité alternative. En effet, les Etats membres du groupe des Sept disposent de 56 p.100 des actions et des voix et l'on a vu le rôle que ce groupe avait joué en ce qui concerne le siège et la présidence de la BERD.

Nous renvoyons aux développements antérieurs relatifs au choix de ce siège et de la présidence. Nous ajouterons que le secrétaire général est aussi un ressortissant d'un Etat membre de la Communauté. Nous examinerons de façon plus systématique dans la section VI le rôle de la Communauté au sein de la BERD et les mécanismes qui doivent servir à coordonner l'expression de la position de la Communauté au sein de la Banque.

Le caractère paneuropéen de la BERD découle de la participation des pays d'Europe centrale et orientale bénéficiaires, du caractère largement majoritaire des Etats du continent et, mais ceci est plus problématique, de l'insertion potentielle de la BERD dans la nouvelle architecture européenne.

D. Le caractère international de la Banque

Le préambule de l'accord portant création de la BERD souligne que cette institution est «européenne dans son essence et largement internationale par sa composition». Mais c'est dans un autre sens que l'on évoque ici le caractère international de l'organisation.

Aux termes de l'article 32, paragraphe 3, disposition classique des statuts d'organisations semblables,¹² on lit:

Dans l'exercice de leurs fonctions, le président, le ou les vice-présidents, les fonctionnaires et les agents de la Banque n'ont de devoirs qu'envers la Banque, à l'exclusion de toute autre autorité. Tous les membres de la Banque respectent le caractère international de ces devoirs et s'abstiennent de toute démarche visant à influencer une quelconque de ces personnes dans l'accomplissement de ses tâches.

Cette disposition impose aux dirigeants et au personnel de la Banque la plus grande impartialité et une loyauté complète à l'égard de l'organisation. En général, cette obligation va de pair avec la nécessité pour l'organisation de s'abstenir d'interférer dans les affaires politiques d'un membre. Cette règle classique dans les statuts d'autres banques de développement est évidemment absente ici compte tenu des aspects politiques du mandat de la Banque tels que nous les avons développés ci-dessus.

E. Les fonctions énoncées à l'article 2

L'article 2 énonce en son premier paragraphe les mesures d'aide à la mise en œuvre des réformes économiques structurelles et sectorielles que la Banque peut prendre, en vue de la réalisation des objectifs prescrits à l'article 1. Le paragraphe 2 du même article illustre le rôle de catalyseur et d'assistance de la BERD. Compte tenu de ses moyens limités, celle-ci doit organiser des synergies et collaborer avec les organismes existants.

Sont mentionnés à cet égard l'Organisation des Nations unies, ses institutions spécialisées et tout organisme connexe, ainsi que toute entité, publique ou privée, concernée par le développement économique et l'investissement dans les pays d'Europe centrale et orientale.

Si la Communauté européenne et la Banque européenne d'investissement ne sont pas explicitement mentionnées, c'est que la BERD est appelée à travailler en étroite collaboration avec tous ses membres, y compris ceux qui ne sont pas des Etats. Ce point est précisé pour autant que de besoin dans le rapport établi par le président de la conférence sur l'accord portant création de la BERD. Selon ce rapport, les indications qui figurent dans les «Notes explicatives» pourront servir de référence à l'avenir pour l'interprétation des articles.

Dans l'énumération des fonctions figurant à l'article 2, paragraphe 1, un rôle spécifique est attribué à la BERD dans la protection de l'environnement (article 2, paragraphe 1(vii)). La Banque devra non seulement financer des projets relatifs à la protection de l'environnement, mais elle devra témoigner

12 I.F.I. Shihata, *The EBRD*, *op. cit.* note *, 2 note 2.

d'une préoccupation constante relative à l'environnement dans les autres projets. Ici aussi une précision à cet effet figure explicitement dans les notes explicatives à l'article 2, paragraphe 4. C'est la première fois qu'une préoccupation en faveur de l'environnement s'exprime dans les statuts d'un organisme financier, même si cette préoccupation est de plus en plus présente dans la politique des banques de développement.

F. Les membres (articles 3 et 61)

En vertu de l'article 3, la qualité de membre peut être octroyée aux pays européens, aux pays non européens membres du Fonds monétaire international, ainsi qu'à la Communauté économique européenne et à la Banque européenne d'investissement. Aux termes de l'article 61, les Etats signataires de l'accord devenaient membres de la Banque soit avant le 31 mars 1991 – en fait, le 28 mars 1991 – date fixée pour l'entrée en vigueur de l'accord, soit dans l'année après l'entrée en vigueur.

L'article 3, paragraphe 2, prévoit la possibilité d'admission de nouveaux membres – autres que les membres potentiels auxquels l'article 61 se réfère – par décision des gouverneurs de la Banque à la majorité des deux tiers représentant au moins les trois quart du nombre des voix attribuées. Selon l'annexe A de l'accord qui énonce les souscriptions initiales, il y a actuellement quatre catégories de membres:

1. Les douze Etats membres de la CEE, la CEE et la BEI qui forment une catégorie de membres dits «protégés» ayant 51 p.100 des actions et des voix. Les notes explicatives mentionnent que la participation d'entités non étatiques à une organisation telle que la Banque ne peut pas servir de précédent, ni en ce qui concerne la participation de la Communauté et de la Banque européenne d'investissement à d'autres organisations, ni au sujet de l'octroi de la qualité de membre à d'autres organisations présentant des caractères similaires à ceux de la Communauté et de la Banque. Cette remarque reflète les résistances qui ont été rencontrées par la proposition faite par les Etats membres lors des négociations de faire admettre la Communauté et la Banque européenne d'investissement comme membres de la BERD.¹³
2. Onze autres pays européens y compris Israël, ayant ensemble 11,37 p.100 des actions et des voix.
3. Sept pays bénéficiaires (et non plus huit depuis l'unification de l'Allemagne) ayant ensemble 11,90 p.100 des voix.

13 Il y a lieu de noter que la répartition des parts sociales et des voix parmi les Etats membres des Communautés européennes a été déterminée selon leurs parts respectives dans le capital de la BEI. Voir Chambre des Représentants de Belgique, session 1990-1991, projet de loi relatif à l'approbation de l'accord portant création de la BERD, et des annexes, faits à Paris le 29 mai 1990, Doc. 1493/1-90/91 du 18 février 1991, 4.

4. Neuf pays non européens ayant ensemble 24,17 p.100 des voix, soit les Etats-Unis (10 p.100), le Japon (8,5 p.100), le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Egypte, la Corée, le Mexique et le Maroc.¹⁴

Compte tenu d'un reliquat antérieur et de la non-attribution à la République fédérale d'Allemagne de la quote-part de la République démocratique allemande, 1,56 p.100 des actions et des voix ne sont pas attribuées. L'Albanie a déposé sa candidature à la BERD et elle est devenue officiellement le quarante-deuxième membre avec une quote-part de 0,1 p.100 du capital le 18 décembre 1991. La Banque a fait savoir le 4 septembre qu'elle accueillerait volontiers la candidature des Etats baltes dès que leur indépendance serait reconnue par tous les Etats membres de la BERD. La candidature de ces Etats a été acceptée le 4 décembre 1991.

Shihata note dans son ouvrage, déjà mentionné, que la qualité de membre du FMI intervient aussi comme condition pour faire partie de la Banque dans les statuts de la Banque interaméricaine de développement¹⁵ et que l'on retrouve aussi la notion de membre protégé dans les statuts de l'Association internationale de développement à propos de pays en voie de développement (partie 2).¹⁶

Les membres peuvent se retirer de la BERD en donnant un préavis de six mois comme c'est prévu à l'article 37. Une telle possibilité de retrait est courante dans les banques de développement et on la retrouve dans les statuts de l'Agence de garantie mutuelle des investissements (MIGA) où le préavis est de trois mois ainsi que le note Shihata.¹⁷

Comme nous l'avons signalé, un membre qui manque à ses engagements vis-à-vis de la Banque peut être suspendu en vertu de l'article 38. Nous avons émis l'opinion que le manquement pouvait concerner non seulement les obligations financières à l'égard de l'institution, mais aussi les infractions aux principes de l'article 1 y compris le pluralisme démocratique et le pluralisme en général. Il ne faut pas confondre la suspension de l'article 38 avec la suspension éventuelle des droits des pays bénéficiaires à l'accès aux ressources de la BERD prévue à l'article 8, paragraphe 3 et à laquelle nous avons fait allusion ci-dessus.

14 Les données figurant au texte étaient correctes en octobre 1991. Depuis lors, il y a lieu de signaler la candidature de Saint-Marin (catégorie 2), mais les développements les plus importants concernent les pays bénéficiaires; il convient de mentionner l'adhésion de l'Albanie et des Républiques baltes ainsi que l'éclatement de l'Union soviétique et de la Yougoslavie. Onze Etats de la Communauté des Etats indépendants (CEI) devaient être représentés à la session de Budapest du conseil des gouverneurs en avril 1992.

Enfin, le Brésil, l'Inde et le Venezuela (catégorie 4) ont sollicité leur adhésion. D'autres Etats ont demandé une augmentation de leurs parts de capital. Il y a lieu de noter que les Etats baltes ont confié leur représentation aux administrateurs des pays nordiques.

15 *The EBRD, op. cit.*, 79.

16 *Ibid.*, 80.

17 *Ibid.*, 81.

II. Le capital, les autres ressources, les provisions et les réserves

A. Le capital social initial autorisé. Augmentation (article 4)

Le capital social initial autorisé est de 10 milliards d'écus, soit 12 à 13 milliards de dollars des Etats-Unis. Ainsi que le remarque Shihata,¹⁸ le capital initial de la BIRD était de 10 milliards de dollars; il est aujourd'hui de 171 milliards, ce qui représente environ quatorze fois plus que le capital initial de la BERD. Le capital se divise en un million d'actions d'une valeur au pair de 10 mille écus chacune.

Une augmentation du capital initial est possible à tout moment par décision des deux tiers des gouverneurs ayant au moins trois quarts des droits de vote ainsi que le prévoit l'article 4, paragraphe 3, de l'accord.

Aux termes de l'article 5, paragraphe 3, le conseil des gouverneurs procède au moins tous les cinq ans à une révision du capital social de la Banque. On a suggéré¹⁹ que la révision peut comporter tant une augmentation qu'une diminution du capital.

B. Le capital souscrit

Seuls les membres de la Banque peuvent souscrire des actions de la Banque. La quasi-totalité du capital initial autorisé a été souscrite par les membres fondateurs. Reste seul non alloué 1,16 p.100, depuis l'adhésion de l'Albanie et des Etats baltes. On notera que la République fédérale d'Allemagne n'a pas voulu disposer de la part de l'ex-RDA après la réunification.

Nous avons déjà indiqué qu'en vertu de l'article 5, paragraphe 2, l'admission d'un nouveau membre à la Banque ne peut avoir pour effet de priver les Etats membres de la Communauté européenne, la Communauté économique européenne et la Banque européenne d'investissement de la majorité de 51 p.100 qui leur est revenue. Il en va de même, en cas d'augmentation de la part d'un membre, ou d'allocation de parts non souscrites selon l'article 5, paragraphe 4, et plus généralement lors de toute révision du capital.²⁰

Selon l'article 5, paragraphe 6, les parts ne peuvent être ni données en nantissement, ni grevées de charges de quelque manière que ce soit, ni cédées, sauf à la Banque dans les conditions prévues au chapitre VII, relatif notamment au retrait et à la suspension d'un membre.

18 *The EBRD, op. cit.*, 8.

19 Delmoly et Kremlis, «La BERD», 2 *RAE* (1991) 45 et suiv., spéc. 48.

20 *Ibid.*, 48.

C. Le capital libéré

Aux termes de l'article 4, paragraphe 2, la valeur totale initiale des actions libérées entièrement s'élève à 3 milliards d'écus, soit 30 p.100 du capital social autorisé. Les autres actions sont sujettes à appel.

Dans un document publié en juillet 1991 à propos des «Caractéristiques essentielles des politiques financières», la BERD indique que les actions sujettes à appel:

... ne doivent (faire l'objet d'un appel) que pour assurer la protection de ses porteurs de titres et bénéficiaires de garanties. Ces actions ne peuvent en aucun cas être appelées pour couvrir des dépenses d'administration ou pour effectuer des décaissements sur des prêts engagés mais non décaissés.

Selon les modalités prévues à l'article 6, le paiement des actions libérées se fait en cinq ans. 50 p.100 du paiement de chaque versement peut être fait en billets à ordre ou au moyen de tout autre instrument émis par le membre.

Selon le même article 6, le paiement des souscriptions peut être effectué en écus, en dollars des Etats-Unis ou en yens. Une fois l'unité monétaire choisie, il est entendu que le membre doit se tenir à ce choix pour tous les versements successifs, bien qu'une disposition en ce sens ne figure pas expressément dans l'accord, mais uniquement à l'article 6 des notes explicatives.

L'article 6, paragraphe 3, introduit une garantie de change dans les termes suivants:

Tout paiement fait par un membre au titre de sa souscription d'actions du capital social initial s'effectue soit en écus, soit en dollars des Etats-Unis, soit en yens, sur la base du taux de change moyen de la monnaie en question par rapport à l'écu pour la période allant du 30 septembre 1989 au 31 mars 1990 inclus.

Cette disposition trouve son origine dans l'hostilité des Etats-Unis au recours à l'écu comme unité de compte, parce que le recours à cette unité donnait à l'engagement des Etats-Unis un caractère indéterminé susceptible de poser des problèmes lors de l'approbation des crédits nécessaires par le Congrès. Bien que la lettre des dispositions de l'article 6, paragraphe 3, ne soit pas parfaitement claire à cet égard, il semble que le recours à l'écu fixe est seulement ouvert aux membres qui ne paient pas en écus. C'est en tout cas l'interprétation qui est confirmée par la pratique et est adoptée par Ibrahim Shihata dans son commentaire cité.

Cet auteur compare le mécanisme prévu à l'article 6, paragraphe 3, avec celui qui figure dans la convention créant l'Agence multilatérale de garantie des investissements où le paiement en DTS fixe est ouvert à tous les membres.²¹

21 I.F.I. Shihata, *The EBRD*, *op. cit.*, 13 et suiv.

L'article 6, paragraphe 8, énonce que les paiements en écus peuvent être faits dans toute monnaie pleinement convertible.

L'article 5, paragraphe 7, comporte deux règles sur lesquelles MM. Delmoly et Kremlis appellent, à juste titre, l'attention.²²

Aux termes de la première phrase de ce paragraphe, la responsabilité encourue par les membres au titre des actions est limitée à la partie non versée de leur prix d'émission.²³ Ainsi que le soulignent les auteurs précités, cette limitation vise non pas les actions libérées mais les actions sujettes à appel, puisque les actions libérées souscrites sont versées tout de suite au prix de leur émission.

La seconde phrase du même paragraphe contient une clause d'exonération de responsabilité qui semble pour le moins surprenante aux auteurs précités:

Aucun membre ne peut, du fait de sa qualité de membre, être tenu pour responsable des obligations contractées par la Banque.

Pour MM. Delmoly et Kremlis, les membres de la Banque auraient, selon les principes du droit international public, une responsabilité en dernier ressort vis-à-vis des tiers, la Banque étant une création de ses membres. Ces auteurs se posent, dès lors, la question de la validité d'une telle clause d'exonération.

Les Etats membres sont-ils de façon générale, et à quel titre, tenus par les engagements contractés par l'organisation qu'ils ont créée?

La question n'est pas neuve. Elle a été posée à propos de l'article 228, paragraphe 2, du traité CEE relatif à l'effet des accords conclus par la Communauté.²⁴ Elle a été examinée sur un plan plus général par la commission du droit international des Nations unies relativement à un article 36bis – qui n'a pas été adopté – de la convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales.²⁵

La question prend un relief tout particulier à l'égard des tiers dans le cas des organisations ayant des attributions financières et la pratique donne plusieurs exemples de clauses d'exonération de responsabilité:

22 «La BERD», *op. cit.*, 49.

23 Cette formule est reprise de l'article II, section 6 des statuts de la BIRD: «*Liability on shares shall be limited to the unpaid portion of the issue price of shares*».

24 «Les accords, conclus dans les conditions fixées ci-dessus, lient les institutions de la Communauté et les Etats membres».

25 Voir J. Groux et Ph. Manin, *Les Communautés européennes dans l'ordre international* (1984) 131-132 et 149; voir aussi Manin, «L'article 228, paragraphe 2, du traité CEE», *Mélanges P.H. Teitgen* (1984) 289 et suiv., spéc. 299 et suiv.

1. Le traité CECA n'indique-t-il pas à propos des emprunts qu'il permet à la Haute Autorité de conclure qu'«aucun Etat n'est tenu de donner sa garantie» (article 51, paragraphe 1, 3e alinéa)?
2. Dans le mécanisme dit des «emprunts communautaires», conclus par la Communauté pour prêter aux Etats membres ayant des difficultés de balances des paiements, l'idée de prévoir une garantie «externe», c'est-à-dire en faveur des Etats tiers ou des marchés, de la part de la Communauté, a été spécifiquement écartée.²⁶
3. Les auteurs de l'accord portant création d'un Fonds de soutien financier de l'OCDE en date du 9 avril 1975²⁷ y ont inséré une disposition analogue à celle de l'article 5, paragraphe 7, première phrase: «La quote-part d'un membre détermine la responsabilité financière maximale de ce membre du fait des obligations encourues par le Fonds.»

Dans le cas des emprunts effectués par le Fonds avec la «couverture» (*undertaking*) d'un membre, il était précisé à l'article VII, section 2, dernière phrase, qu'«en assurant une telle couverture, un membre ne contracte aucune obligation à l'égard d'une tierce partie».²⁸

4. Le statut du Fonds de rétablissement du Conseil de l'Europe du 16 avril 1956, article IV, section 4 ne prévoit-il pas qu'«aucun membre ne se trouve engagé envers des tiers par une obligation assumée par le Fonds»?

Ces précédents – qui donnent plein effet à l'attribution de la personnalité juridique à l'institution créée – sont très proches de la clause d'exonération telle qu'elle a été insérée à l'article 5, paragraphe 7. Les créanciers d'une institution financière sont avertis sans ambiguïté. Leur débiteur est exclusivement la banque ou le fonds créé par des Etats. Toutefois, et c'est ici que la remarque de MM. Delmoly et Kremlis prend son sens, ces mêmes Etats pourraient avoir, conformément au droit international général, à assumer, à l'occasion, des obligations à l'égard des créanciers de la BERD en cas de dissolution de l'organisme qu'ils ont créé.

26 Voir J.-V. Louis, *L'Ordre juridique communautaire* (1989, 5e éd.) 65-66.

27 Cet accord n'est pas entré en vigueur. On pourra se reporter au commentaire qu'en a fait l'auteur de ce cours sous le titre «Le Fonds de soutien financier de l'OCDE», in *Studia Diplomatica* (1975) 357 et suiv. Le texte de l'accord est reproduit aux pages 413 et suiv.

28 Voir les commentaires à ce sujet, *ibid.*, 376 et suiv.

D. Les ressources ordinaires et les ressources spéciales (articles 7 et 19 de l'accord)

1. Les ressources ordinaires (article 7)

Celles-ci se composent:

- (i) du capital autorisé souscrit composé d'actions à libérer et d'actions sujettes à appel (cf. ci-dessus);
- (ii) des fonds obtenus par emprunt (voir ci-après IV);
- (iii) des fonds reçus en remboursement de prêts ou de garanties ou provenant de cessions de participation;
- (iv) des revenus provenant des prêts et des investissements en capital;
- (v) de tous autres fonds ou revenus ne ressortissant pas aux ressources des fonds spéciaux.

2. Les ressources spéciales (article 19)

Les ressources spéciales sont des fonds acceptés par la Banque en vue de leur affectation à un fonds spécial (article 18) et des fonds résultant des opérations et des revenus de ces fonds spéciaux. Comme le remarque Ibrahim Shihata,²⁹ il y a lieu de comparer ces fonds avec les *trusts funds* créés au sein de la BIRD et de l'Association internationale de développement et avec les clauses sur les fonds spéciaux que l'on trouve dans les conventions constitutives de la Banque asiatique de développement et de la Banque africaine de développement.

Il convient de rapprocher les dispositions relatives aux fonds spéciaux de l'article 2, paragraphe 1(viii) qui permet à la Banque d'«entreprendre toute autre activité et fournir tout autre service destiné à lui permettre de s'acquitter de ses fonctions» et de l'article 11, paragraphe 1(iv) selon lequel «la Banque effectue ses opérations ... en employant les ressources des fonds spéciaux conformément aux accords définissant leur utilisation».

Il semble que la Banque n'envisage de recourir à des fonds spéciaux que dans un stade ultérieur pour ses activités de prêt et n'exclut pas que des prêts puissent être faits au moyen de ces fonds à des conditions préférentielles.

E. Les provisions, la réserve spéciale et la réserve générale

Aux termes de l'article 17, paragraphe 1, la Banque doit constituer des provisions pour se couvrir des pertes. Le paragraphe 2 de ces mêmes dispositions définit l'ordre de priorité pour cette couverture. L'article 16 prévoit en

29 *The EBRD, op. cit.*, 33.

outre la constitution d'une réserve spéciale composée grâce aux commissions de prêts et aux redevances perçues pour l'octroi de garanties selon l'article 15. Cette réserve a aussi pour objet de couvrir des pertes éventuelles. Ibrahim Shihata note³⁰ que cette disposition trouve son origine dans la réserve spéciale de la BIRD qui vise à couvrir les engagements (*liabilities*) de la banque dans l'hypothèse où la BIRD aurait surtout octroyé des garanties et emprunté pour prêter. Il s'agissait dans ce cas d'une sorte d'assurance pour le cas de défaut de l'emprunteur. En fait, la BIRD a procédé plus fréquemment à du prêt direct (*direct lending*) qui n'était pas nécessairement en rapport immédiat avec des emprunts.

L'article 36 indique enfin la part du revenu qui doit être affectée aux réserves, c'est-à-dire à la réserve générale et aux provisions, le reste allant à l'excédent ou pouvant être utilisé à d'autres fins et en vue de la distribution de dividendes.

Aucune utilisation du revenu net n'est permise à d'autres fins tant que la réserve générale n'atteint pas 10 p.100 du capital autorisé. Cette utilisation est soumise à une majorité spéciale au sein du conseil des gouverneurs. Il y a lieu de noter que l'allocation aux réserves doit avoir lieu au moins une fois par an, ce qui signifie qu'elle peut intervenir plus fréquemment. Dans ces dispositions, Ibrahim Shihata note une plus grande flexibilité que dans les dispositions correspondantes de la BIRD.³¹

III. Les pays bénéficiaires des opérations (article 8)

Dans la pratique de la BERD, les pays bénéficiaires sont dénommés d'une façon à la fois plus neutre et plus technique, les pays d'opération. Ce sont les pays d'Europe centrale et orientale qui mènent une politique compatible avec l'article 1 de l'accord constitutif de la Banque. Il s'agit, répétons-le, aux termes de l'article 8, paragraphe 2, des pays qui procèdent à une transition résolue vers une économie de marché, participent à la promotion de l'initiative privée et de l'esprit d'entreprise et appliquent, «grâce à des mesures concrètes ou autres moyens» (*otherwise*), les principes énoncés à l'article 1.

Le respect des principes de l'article 1 est à la fois une condition pour l'admission au sein de la Banque, pour le maintien de cette admission et pour l'octroi d'interventions financières de la BERD. Dans un document d'avril 1991 rendu public et intitulé *Operational challenges and priorities: initial operations*, la BERD note que le processus de réforme juridique et institutionnelle dans les pays d'Europe centrale et orientale a déjà com-

30 *The EBRD, op. cit.*, 24 et suiv.

31 *Ibid.*, 21-22.

mencé et les amène progressivement vers une conformité plus proche des standards européens. Des élections libres ont été tenues et des réformes constitutionnelles sont étudiées et mises en œuvre. La Hongrie et la Tchécoslovaquie ont adhéré au Conseil de l'Europe, *having been found to meet the necessary conditions of pluralist democracy and human rights*, lit-on dans le même document. Depuis lors, la Pologne est devenue le 26e membre du Conseil de l'Europe. La même source notait encore que les procédures d'adhésion ont été initiées par le Conseil de l'Europe pour la Yougoslavie, la Bulgarie et la Roumanie qui avaient exprimé leur intention d'adhérer et que l'URSS avait indiqué son désir d'une coopération étroite avec le Conseil de l'Europe.

Nous renvoyons aux développements qui précèdent en ce qui concerne l'adhésion de l'Albanie et des Etats baltes (section I.F. *supra*). Le démantèlement de l'URSS et de la Yougoslavie posent à la BERD de délicats problèmes de succession.

La reconnaissance à l'Union soviétique de la qualité d'Etat bénéficiaire de l'activité de la Banque a été au centre d'une controverse durant les négociations de l'accord entre les Etats-Unis, appuyés par l'un ou l'autre Etat européen d'une part, et la majorité des Etats membres des Communautés européennes d'autre part. L'hostilité des Etats-Unis se fondait certes sur l'opposition existant au sein du Congrès compte tenu de l'attitude de l'Union soviétique à l'égard des pays baltes et d'actes jugés hostiles, comme l'appui à Cuba dont la politique était directement contraire aux principes devant inspirer l'action de la BERD. D'autres arguments étaient cependant avancés, ainsi le retard de l'URSS sur le chemin de l'économie de marché et les doutes sur sa capacité d'absorber l'aide. La crainte était aussi manifestée qu'en raison de l'immensité des problèmes de l'Union soviétique, ce pays ne monopolise les financements disponibles.³² Pour la majorité des autres Etats négociateurs, il était impossible d'isoler l'Union soviétique; il fallait au contraire appuyer le processus de réforme qui, faute de cette assistance extérieure, risquait d'être totalement compromis. L'article 8, paragraphe 4, reflète la formule qui a été appliquée pour résoudre cette difficulté. La disposition est rédigée en termes généraux et vise en fait la seule Union soviétique.³³

En raison de l'importance de cette disposition, nous la reproduisons intégralement:

32 Voir Mulford in «Proposed U.S. Participation in the EBRD, and Update on Exchange Rate Report», Hearing, May 9, 1990, Subcommittee on International Development, Finance, Trade and Monetary Policy of the Committee on Banking, Finance and Urban Affairs, House of Representatives, serial n° 101-109, 16-17.

33 Voir cependant la question que se posent MM. Delmoly et Kremlis, *ibid.*, 51, sur la possibilité que l'Albanie puisse être considérée comme un pays bénéficiaire potentiel, alors que l'expression vise apparemment les seuls Etats signataires.

4. (i) Tout pays bénéficiaire potentiel peut demander que la Banque lui permette l'accès à ses ressources à des fins limitées et sur une période de trois ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent accord. Toute demande de cette nature est jointe en tant que partie intégrante du présent accord dès qu'elle a été présentée.
- (ii) Au cours de cette période:
 - a) la Banque fournit audit pays et aux entreprises situées sur son territoire, à leur demande, une assistance technique et tout autre type d'assistance visant à financer son secteur privé, à faciliter le passage d'entreprises d'Etat à la propriété et au contrôle privés et à aider les entreprises fonctionnant de manière concurrentielle et se préparant à opérer selon les règles de l'économie de marché, et ce dans la proportion visée au paragraphe 3 de l'article 11 du présent accord;
 - b) le montant total de toute assistance ainsi fournie ne peut excéder le montant total des liquidités décaissées et des billets à ordre émis par ledit pays au titre de ses actions.
- (iii) A la fin de cette période, la décision de permettre l'accès aux ressources audit pays au-delà des limites indiquées aux alinéas (a) et (b) est prise par le conseil des gouverneurs à la majorité d'au moins trois quarts des gouverneurs, représentant au moins quatre-vingt-cinq pour cent du nombre total des voix attribuées des membres.

On voit que l'accord imposait à l'Union soviétique de faire une demande en vue d'accéder aux ressources de la BERD à des fins limitées. Cette demande ferait partie de l'accord dès qu'elle serait formulée.

Cet accès limité est prévu pour une période de trois ans, les types d'action sont définis et le montant total de l'assistance financière est limité.

Toute décision prolongeant l'accès au-delà de trois ans ou autorisant un accès plus important aux ressources de la Banque doit être prise par le conseil des gouverneurs à la majorité d'au moins trois quarts des gouverneurs représentant au moins 85 p.100 du total des voix attribuées des membres.

Aux termes de l'article 56, paragraphe 2(ii), la même majorité est requise pour réviser l'article 8, paragraphe 4. On notera, dès lors, que les Etats-Unis et le Japon peuvent bloquer une décision de prolongation de l'accès de l'URSS aux ressources de la BERD et une modification des conditions de cet accès.

L'Union soviétique a effectivement adressé une demande ainsi que l'article 8, paragraphe 4(i), lui en donnait la possibilité. L'URSS justifiait dans cette demande la limitation de l'accès aux ressources de la BERD en raison des craintes qui avaient pu naître de voir cet Etat monopoliser l'essentiel des actions de financement de la BERD. Il est remarquable qu'après avoir manifesté initialement quelques réticences, l'URSS ait accepté la référence aux règles de l'économie de marché à propos de l'aide aux entreprises dans l'article 8, paragraphe 4(i).

La limite fixée au montant de l'assistance à l'article 8, paragraphe 4(ii)(b), pose un problème d'interprétation. Le plafond est-il fixé au niveau

des sommes que l'Union soviétique devait libérer durant trois ans ou pouvait-il prendre en compte les paiements volontairement faits dans les limites des versements exigés pour la première période de cinq ans? Si l'on suit la seconde interprétation, plus vraisemblable, le plafond se situerait à 30 p.100 de 6 p.100 du capital autorisé, soit 1,8 p.100, soit 180 millions d'écus.³⁴ Le Conseil européen réuni à Rome en décembre 1990 a souhaité que soit examinée une révision des dispositions actuelles qui limitent la possibilité d'octroi de prêts à l'Union soviétique. Ce problème devait être évoqué au sommet des Sept qui a eu lieu à Londres en juillet 1991. Il n'y a toutefois pas eu d'accord sur ce point, les Sept se bornant à inviter toutes les institutions internationales, y compris l'OCDE et la BERD, à collaborer étroitement et à intensifier leurs efforts pour aider l'URSS, par leurs compétences techniques, à créer une économie de marché.³⁵ Récemment, la situation a évolué: une décision des gouverneurs levant la limite des opérations avec les pays appartenant à l'ex-URSS était attendue au début du printemps 1992.

IV. Les opérations

L'article 9 distingue entre les opérations ordinaires financées sur les ressources ordinaires en capital de la Banque (article 7) et les opérations spéciales financées sur les ressources des fonds spéciaux (article 19). Les deux types d'opérations peuvent être combinées.

Sous le titre «Méthodes de fonctionnement», l'article 11 énumère les techniques selon lesquelles la Banque exécute ces opérations. La BERD accorde des prêts, les co-finance ou participe à des prêts accordés par d'autres, elle prend des participations, elle souscrit à des émissions ou les garantit, elle met à disposition des conseils en matière financière et fournit une assistance technique, elle emploie les ressources des fonds spéciaux conformément aux accords définissant leur utilisation.

La BERD intervient en faveur d'entreprises du secteur privé, de toute entreprise d'Etat fonctionnant de manière concurrentielle et se préparant à opérer selon les règles de l'économie de marché ou de toute entreprise d'Etat

34 C'est la seconde interprétation qu'adopte le sous-secrétaire d'Etat américain au Trésor pour les affaires internationales, chef de la délégation américaine aux négociations de l'accord, David Mulford, *ibid.*, 5-6: «Agreement was reached automatically to limit, for the first three years, any Soviet borrowing to the level of their paid-in capital and to confine it to the private sector, including privatization, or to help enterprises operating competitively and moving toward a market orientation. This means that if the Soviets made all their paid-in contributions in the first three years, they could borrow a maximum of \$216 million.»

35 Voir *FMI-Bulletin*, 5 août 1991, 233.

en vue de favoriser sa transition vers la propriété et le contrôle privés (article 11, paragraphe 1, i à iii).

La BERD peut aussi accorder ou participer à des prêts et fournir une assistance technique pour la reconstruction et le développement des infrastructures nécessaires au développement du secteur privé et à la transition vers l'économie de marché.

L'article 11, paragraphe 1, précise dans son dernier alinéa qu'une entreprise d'Etat n'est pas considérée comme fonctionnant de manière concurrentielle si elle n'est pas gérée de façon autonome dans un environnement de marché concurrentiel et si elle n'est pas soumise aux lois régissant la faillite.

L'article 11, paragraphe 3 comporte une règle importante concernant la répartition des activités de la BERD entre le secteur public et le secteur privé. Il s'agit d'un compromis rendu nécessaire par l'hostilité des Etats-Unis aux opérations à l'égard du secteur public. Cette disposition prévoit que 40 p.100 au plus des engagements de la BERD pour prêts, garanties et prises de participation sont consacrés au secteur d'Etat. Cette limite s'appliquera au montant total des engagements de la Banque considérés globalement, d'abord pendant une période de deux ans à compter du début des opérations de la Banque, et ensuite pour chaque exercice ultérieur. En outre, quel que soit le pays considéré, cette limite s'appliquera à ce pays aux opérations effectuées pendant une période de 5 ans considérée globalement. L'article 11, paragraphe 3(iii)(a), (b) et (c), définit ce qu'il faut entendre par la notion de secteur d'Etat au sens du paragraphe contenant la limitation indiquée ci-dessus.³⁶

On notera encore que l'article 11, paragraphe 2, prévoit un examen au moins annuel par le conseil d'administration des opérations de la Banque en matière de prêts à chaque pays bénéficiaire pour s'assurer que l'objet et la mission de la Banque, tels qu'ils sont définis aux articles 1 et 2 du présent accord, sont pleinement remplis. Toute décision – dont la portée n'est pas autrement précisée – résultant de cet examen est prise à la majorité des deux tiers au moins des administrateurs, représentant au moins les trois quarts du nombre total des voix attribuées aux membres.

36 Article 11

3. (iii) Aux fins du présent paragraphe:

- a) le secteur d'Etat comprend les gouvernements nationaux, les administrations locales, les organismes et les entreprises qu'ils possèdent ou contrôlent;
- b) ne sont pas considérés comme concours au secteur d'Etat les prêts et garanties accordés à des entreprises d'Etat ou les prises de participation effectuées au sein de telles entreprises qui mettent en œuvre un programme les privatisant ou faisant passer leur direction sous propriété et contrôle privés;
- c) ne sont pas considérés comme concours au secteur d'Etat les prêts consentis à des intermédiaires financiers qui les utilisent pour financer des opérations du secteur privé.

L'article 12 prévoit des limites aux opérations ordinaires de la BERD. Le premier paragraphe dispose que:

Le montant total de l'encours des prêts, des participations et des garanties réalisés par la Banque au titre de ses opérations ordinaires ne doit à aucun moment être augmenté si cette augmentation entraîne un dépassement du montant total de son capital social net d'obligations, des réserves et des excédents compris dans ses ressources ordinaires en capital.

Cette règle s'inspire de considérations relevant du *sound banking*. Ce principe est énoncé de façon générale à l'article 13(i). On le retrouve, comme le note Ibrahim Shihata,³⁷ dans les règles relatives à d'autres banques de développement. Le même auteur renvoie à une note explicative du président qui permet, selon lui, d'interpréter cette disposition comme ne se reportant pas seulement à l'encours des prêts effectivement déboursés, mais aussi aux engagements pris à cet égard, comme c'est le cas dans l'interprétation d'une disposition analogue des statuts de la Banque asiatique de développement.

Le paragraphe 2 de l'article 12 fixe des limites aux prises de participation. Il appartient au conseil d'administration de préciser le pourcentage de participation par rapport au capital social de l'entreprise concernée. En principe, la BERD n'entend pas exercer le contrôle des entreprises dans lesquelles elle prend une participation ni y assumer de responsabilités directes dans la gestion, sauf dans les cas énumérés par le paragraphe 2. Ces exceptions visent le défaut ou la menace de défaut pesant sur les investissements, l'insolvabilité effective ou potentielle ou encore d'autres situations qui, de l'avis de la Banque, menacent lesdits investissements. Dans ces hypothèses, la Banque peut prendre toute initiative ou exercer tout droit qu'elle juge nécessaire pour protéger ses intérêts.

Aux termes du paragraphe 3 du même article 12, l'ensemble des prises de participation décaissées par la Banque ne doit à aucun moment dépasser le montant de son capital souscrit en actions à libérer net d'obligations, augmenté des excédents et de la réserve générale.

Enfin, le paragraphe 4 interdit à la Banque d'octroyer des garanties sur des crédits à l'exportation et d'exercer une activité d'assurance. Ainsi la Banque ne pourra-t-elle entrer en concurrence ni avec les organismes nationaux compétents en la matière ni avec l'Agence multilatérale de garantie des investissements, mieux connue sous le sigle anglais MIGA. Pendant la négociation, le gouvernement belge avait proposé que des activités de du-croire soient aussi possibles pour la BERD.

L'article 13 énonce des principes applicables aux opérations. Outre le principe de saine gestion bancaire qui doit être respecté dans les opérations, la disposition prévoit que la Banque assure le financement de projets spéci-

37 *The EBRD, op. cit.*, 66-67.

fiques et mette en œuvre de l'assistance technique. Elle ne procède pas à des prêts d'ajustement structurel comme la BIRD, ainsi que le précisent les notes explicatives: *a fast-disbursing policy based lending is not included*. La Banque ne finance aucune entreprise sur le territoire d'un membre si celui-ci s'y oppose. Il y a lieu d'observer les principes d'une répartition équitable des ressources financières entre les membres et de diversifier de façon raisonnable les investissements de la BERD. Les investissements doivent se faire sur la base d'une proposition adéquate et d'un rapport écrit au conseil d'administration accompagné d'une recommandation, après une étude des services de la Banque. Le caractère subsidiaire de l'intervention de la Banque est souligné; il n'y a toutefois pas lieu de prendre ce dernier principe classique de façon absolue. Des interventions conjointes, complémentaires ou supplémentaires, sont possibles et même souhaitées. La Banque se doit, en tout cas, d'éviter d'entrer en concurrence avec d'autres organismes, ainsi que le précisent les notes explicatives.

Outre d'autres règles essentiellement de bonne gestion, il y a lieu de mentionner que l'accord ne soumet pas le bénéficiaire à des obligations quant au pays des fournitures. Le bénéficiaire a donc l'utilisation libre des crédits alloués.

Il doit être procédé à des appels d'offres internationaux pour la fourniture des services rendus possibles grâce aux crédits et cela «dans tous les cas appropriés». Ces appels d'offres seront libres. Ils ne seront pas limités aux membres et respecteront les règles du code du GATT relatives aux marchés publics. Une chance est ainsi donnée aux pays en voie de développement qui ne pourraient pas devenir membres de la Banque en vue de participer d'une certaine façon aux activités de celle-ci, comme le précisent les notes explicatives.

La BERD bénéficie d'un statut de créancier privilégié (cf. à cet égard, le document rendu public par la BERD, en juillet 1991: «Caractéristiques essentielles des politiques financières»). Les prêts consentis au secteur d'Etat seront octroyés sur la foi du pays bénéficiaire ou pleinement garantis par un membre (article 14, paragraphe 2). La Banque jouit d'un statut privilégié au regard des dettes contractées par le pays bénéficiaire (cf. article 49). Aucune restriction n'est imposée à la Banque en ce qui concerne le transfert des dividendes, redevances ou autres charges (article 21). En ce qui concerne les prêts aux entreprises du secteur concurrentiel, la Banque ne participera aux accords de restructuration ou de rééchelonnement, que si la restructuration est absolument nécessaire pour maintenir la viabilité de l'entreprise ou pour protéger les créances de la Banque.

On retiendra enfin que l'article 20 relatif aux pouvoirs généraux précise les opérations autorisées. Il y a lieu de relever en particulier les règles concernant les emprunts figurant à l'article 20, paragraphe 1(i)(a) et (b), soit la liberté d'emprunter dans un Etat membre ou ailleurs et l'application des

principes dits du *market consent* (accord du membre) ainsi que du *currency consent* (concernant la monnaie de l'emprunt). Toutefois, le principe du *market consent* ne s'applique pas à l'achat et à la vente d'effets émis ou garantis par la BERD sur les marchés secondaires. Il semble que la référence à la monnaie d'un membre ne vise pas les monnaies composites, ainsi que le relève Ibrahim Shihata³⁸ qui pose aussi le problème des monnaies utilisées dans des opérations de crédits croisés (*swap*), la pratique de la BIRD étant de solliciter l'accord des pays dont la monnaie est concernée.

On mentionnera aussi la clause permettant à la BERD d'exercer tous autres pouvoirs et d'adopter toute règle et tous règlements compatibles avec les dispositions du présent accord qui pourraient être nécessaires ou appropriés à la poursuite de ses objectifs et à l'accomplissement de ses fonctions (article 20, paragraphe 1(vii)) et la capacité de la BERD de conclure des accords de coopération avec toute entité publique ou privée (article 20, paragraphe 1(viii)). C'est par application de cette dernière disposition que la BERD a conclu, par exemple, un accord avec Taiwan (Taipei China) pour obtenir une contribution à son fonds d'assistance technique. Ces accords lient l'octroi de fonds à l'appel à des consultants très majoritairement en provenance du pays donneur.

V. Les organes

A. Le conseil des gouverneurs

1. Composition

L'article 23 dispose que chaque membre nomme un gouverneur et un suppléant. Chaque gouverneur et suppléant est révocable à tout moment au gré du membre qui l'a nommé (*shall serve at the pleasure of the appointing member*). Le président (*chairman*) est élu pour un an lors de l'assemblée annuelle et ne reçoit pas de rémunération. Les règles de procédure du conseil prévoient en outre l'élection de deux vice-présidents, dont l'un est désigné par le président pour agir à sa place (section 6).

2. Pouvoirs (article 24)

Classiquement, l'accord prévoit que le conseil des gouverneurs est investi de tous les pouvoirs de la Banque. Il peut déléguer ceux-ci au conseil d'administration, sauf s'il s'agit de pouvoirs qui sont réservés au conseil

38 *The EBRD, op. cit.*, 29.

des gouverneurs. La liste des pouvoirs réservés est semblable à celle que l'on trouve dans les statuts de la Banque mondiale.³⁹

Toutefois, figurent en plus, comme le remarque Ibrahim Shihata:⁴⁰ le pouvoir d'élire le président de la Banque, de déterminer son salaire et les autres clauses de son contrat, celui d'approuver le bilan et le compte des pertes et profits et de déterminer le montant des réserves.

Il est expressément prévu que la délégation de pouvoirs au conseil d'administration ne prive pas le conseil des gouverneurs de son autorité dans les questions déléguées (article 24, paragraphe 3). Ibrahim Shihata⁴¹ souligne que ce principe est la règle, mais que celle-ci reste normalement implicite dans les chartes constitutives des autres banques de développement.

Afin de ne pas exagérer la portée de cette règle, il y a lieu de préciser dès à présent que les décisions opérationnelles relèvent des pouvoirs propres du conseil d'administration, ainsi que nous le verrons lors de l'analyse de l'article 27(i).

3. Fonctionnement et procédure de vote (articles 25 et 29)

Le conseil des gouverneurs tient une assemblée annuelle et se réunit à son initiative ou sur convocation du conseil d'administration, ainsi que le précise l'article 25, paragraphe 1.

Il est réuni par le conseil d'administration si cinq membres au moins détenant un quart du nombre des voix le demande. Cette règle est semblable à celle que l'on trouve dans les statuts de la BIRD ainsi que le note Ibrahim Shihata.⁴²

39 Article 24(2):

(i) d'admettre de nouveaux membres et de fixer les conditions de leur admission; (ii) d'augmenter ou de réduire le capital social autorisé de la Banque; (iii) de suspendre un membre; (iv) de statuer sur les recours exercés contre les décisions du conseil d'administration en matière d'interprétation ou d'application du présent accord; (v) d'autoriser la conclusion d'accords généraux de coopération avec d'autres organisations internationales; (vi) d'élire les administrateurs et le président de la Banque; (vii) de fixer la rémunération des administrateurs et de leurs suppléants ainsi que les émoluments et les autres clauses du contrat qui lie le président à la Banque; (viii) d'approuver, après examen du rapport de vérification des comptes, le bilan général et le compte des pertes et profits de la Banque; (ix) de déterminer le montant des réserves, l'affectation et la répartition des bénéfices nets de la Banque; (x) de modifier le présent accord; (xi) de décider l'arrêt définitif des opérations de la Banque et de répartir ses avoirs; (xii) d'exercer tous les autres pouvoirs que le présent accord confère expressément au conseil des gouverneurs.

40 *The EBRD, op. cit.*, 82.

41 *Ibid.*, 86.

42 *Ibid.*, 83.

Le vote sans réunion est possible. Le conseil des gouverneurs peut décider la création d'organes subsidiaires comme le précise l'article 25, paragraphe 4.

Il vote à la majorité des voix attribuées aux membres prenant part au vote sauf disposition contraire (article 29, paragraphe 2).

B. Le conseil d'administration

1. Composition (article 26)

Le conseil d'administration comporte vingt-trois membres élus pour trois ans et des suppléants.

Onze membres sont élus par les gouverneurs représentant les douze Etats membres actuels de la Communauté européenne, la Communauté économique européenne et la Banque européenne d'investissement. Douze membres sont élus par les gouvernements représentant les Etats bénéficiaires (quatre), les autres pays européens (quatre) et les pays non européens (quatre).

Les administrateurs représentent les membres par les gouverneurs desquels ils sont élus, ainsi que l'indique l'article 26, paragraphe 1, deuxième alinéa. Il doit s'agir de personnes de haute compétence en matière économique et financière (article 26, paragraphe 2).

Le conseil des gouverneurs peut changer la composition du conseil d'administration à la majorité des deux tiers au moins des gouverneurs détenant trois quarts des voix (article 26, paragraphe 3). Ainsi que le note Ibrahim Shihata,⁴³ les pouvoirs du conseil d'administration de la BERD (article 27) sont assez semblables aux pouvoirs dudit conseil au sein de la Banque mondiale et des autres banques de développement, spécialement de la Banque asiatique de développement. Sans préjudice des pouvoirs attribués au conseil des gouverneurs, «le conseil d'administration assure la direction des opérations générales de la Banque». En particulier, le conseil prépare le travail du conseil des gouverneurs (i); il prend les décisions concernant les prêts, les garanties, les prises de participation, les emprunts, l'assistance technique ainsi que les autres opérations (ii); il soumet à l'approbation des gouverneurs les comptes de l'exercice après vérification (iii); il approuve le budget de la Banque (iv).

Ainsi que nous l'avons déjà signalé, il fait un examen au moins annuel des opérations et de la stratégie de la Banque en matière de prêts dans chaque pays bénéficiaire en vue de vérifier si l'objet et la mission de la BERD sont pleinement remplis, ainsi que le prescrit l'article 11, paragraphe 2(i).

43 *The EBRD, op. cit.*, 84.

2. Procédure (article 28)

Selon l'article 28, paragraphe 1:

Le conseil d'administration exerce normalement ses fonctions au siège de la Banque et se réunit aussi souvent que les affaires de la Banque l'exigent.

Il n'est pas explicitement indiqué que les administrateurs doivent résider au siège de la Banque et exercer leurs fonctions à plein temps. On peut se référer à ce sujet aux *By-Laws* qui précisent ce qui suit dans la section 4 (A) Services:

- (a) Each Director and his or her Alternate shall devote to the activities of the Bank such time and attention as the interests of the institution may require, and one or other shall normally be available at the Bank's principal office.
- (b) If he or she does not intend to be a full time Director of the Bank, such Director shall, as soon as possible after assuming office and from time to time as necessary, determine, in consultation with the President, how much time he or she and his or her Alternate will devote to the business of the Bank.

Il découle de ce texte que si un administrateur n'exerce pas ses fonctions à plein temps, normalement son suppléant le fera et que le président de la Banque a un droit de regard sur la disponibilité effective de l'administrateur et de son suppléant pour les affaires de la Banque.

Le quorum nécessaire au conseil d'administration pour se prononcer est de la majorité des administrateurs représentant deux tiers au moins du nombre total des voix attribuées aux membres, selon l'article 28, paragraphe 2.

Il existe la possibilité pour un membre n'ayant pas d'administrateur de sa nationalité d'envoyer un représentant en vue d'assister sans droit de vote à toute réunion du conseil d'administration au cours de laquelle est examinée une question qui le concerne particulièrement.

Sauf disposition contraire de l'accord, et hormis les cas de décision de politique générale adoptée à la majorité des deux tiers des voix attribuées aux membres prenant part au vote, toute question est décidée à la majorité des voix attribuées aux membres prenant part au vote. Selon les notes explicatives relatives à l'article 29, paragraphe 3, les questions de politique générale sont, entre autres, le budget, le programme annuel d'opérations, la politique d'emprunt y compris les limites d'emprunt, la politique de taux d'intérêt, la politique de gestion des risques de change, la souscription de billets à ordre, la politique de garantie et la structure organisationnelle. Si un accord n'est pas réalisé sur la question de savoir si un point relève de la politique générale, le conseil d'administration se prononce sur avis du conseiller juridique (*general counsel*) de la Banque.

Un administrateur peut exprimer séparément les votes des membres qui l'ont élu, selon l'article 29, paragraphe 3. Cette possibilité, comme le relève Ibrahim Shihata,⁴⁴ n'existe pas à la Banque mondiale ni dans les autres banques de développement.

Le conseil d'administration a adopté ses règles de procédure lors de sa première réunion en avril 1991. Il s'agit de dispositions d'ordre essentiellement technique.

On notera en particulier que l'article 11 dispose que le conseil d'administration peut créer les comités qu'il considérera opportuns afin de faciliter l'exercice de ses responsabilités et cela dans la mesure où il y est autorisé par le conseil des gouverneurs. Il n'y a pas lieu de confondre ces comités avec les organes subsidiaires que le conseil des gouverneurs lui-même peut créer. Ainsi le conseil d'administration a-t-il institué trois comités relatifs respectivement aux questions financières, aux questions administratives et à l'évaluation des projets. Ce dernier comité est potentiellement le plus important.

On peut mentionner aussi qu'un comité exécutif a été créé. Nous y reviendrons dans l'exposé des dispositions relatives aux vice-présidents.

3. Le président de la Banque (article 30)

Le président de la BERD est élu par le conseil des gouverneurs. C'est aussi le cas à la Banque asiatique de développement et à la Banque interaméricaine de développement. Tant à la Banque mondiale que dans ses filiales et à la Banque africaine de développement, ainsi qu'au Fonds monétaire international, le président est élu par le conseil d'administration, ainsi que le remarque Ibrahim Shihata.⁴⁵

L'élection du président requiert la majorité du nombre des gouverneurs représentés disposant au moins de la majorité du nombre total des voix attribuées. Le mandat du président est de quatre ans, mais il cesse d'exercer ses fonctions sur décision du conseil des gouverneurs prise à la majorité des deux tiers des gouverneurs représentant au moins deux tiers du nombre total des voix attribuées aux membres. Dans d'autres institutions, comme à la Banque mondiale et dans certaines banques de développement, le mandat a une durée de cinq ans et la majorité pour la cessation des fonctions est la même que celle valant pour la nomination.

Le président a une voix prépondérante en cas de partage égal des voix. La description de son rôle a pour modèle celui du président de la Banque asiatique de développement, ainsi que le note Ibrahim Shihata.⁴⁶ Le prési-

44 *The EBRD, op. cit.*, 91.

45 *Ibid.*, 85.

46 *Ibid.*, 86.

dent est le représentant légal de la Banque, le chef de son personnel et il conduit les affaires courantes de la Banque sous la direction du conseil d'administration (article 30, paragraphe 6). Cette formule rappelle celle employée dans les statuts d'autres banques de développement. Toutefois, dans les dispositions relatives à la Banque mondiale et à ses filiales, l'expression *ordinary business* est préférée à celle de *current business*, comme c'est d'ailleurs le cas aussi au Fonds monétaire international.⁴⁷

Il n'y a sans doute pas de différence très significative entre ces expressions. Le caractère vague de la répartition d'attributions entre le conseil d'administration et le président demeure. La formule utilisée reflète apparemment une intention plus restrictive.

4. Les vice-présidents (article 31)

Le ou les vice-présidents sont nommés par le conseil d'administration sur la recommandation du président. Il y a actuellement cinq vice-présidents dont un premier vice-président qui est de nationalité américaine et est chargé du *merchant banking*. Une décision *ad hoc* du conseil des gouverneurs détermine le mandat de chaque vice-président et sa durée. Les vice-présidents n'ont pas le droit de vote au conseil d'administration sauf en cas de partage égal des voix s'ils représentent le président en cas d'absence ou d'incapacité de celui-ci. Les vice-présidents forment avec le président et trois membres du staff, dont le secrétaire général, un comité exécutif qui relève de l'organisation interne de la Banque.

5. Les organes subsidiaires

Ainsi qu'on l'a dit, le conseil des gouverneurs se voit expressément reconnaître la compétence de créer des organes subsidiaires. Il a décidé d'user de ce pouvoir pour former trois comités consultatifs. Il s'agit du comité financier, du comité économique et du comité de l'environnement. Ces comités doivent réunir des spécialistes de haut niveau. Ils sont actuellement en voie de formation. Il est prévu deux à trois réunions par an. Le nombre de leurs membres varie de quinze à vingt-cinq personnes.

VI. La Communauté et la BERD

Ainsi que nous l'avons vu, la Communauté est à l'origine de l'initiative. Le conseil européen de Strasbourg a non seulement donné l'impulsion décisive, mais il a aussi fixé le cadre de la négociation. Nous avons aussi

47 *The EBRD, op. cit.*, 86, n.(7).

indiqué la position privilégiée reconnue à l'ensemble communautaire (Etats membres, Communauté européenne et Banque européenne d'investissement) qui dispose de la majorité des voix au sein des organes de la BERD. Dans la présente section, nous allons examiner certaines questions relatives à la base juridique de la participation de la Communauté européenne et de la Banque européenne d'investissement et à la mise en œuvre de cette participation. Nous allons aussi examiner les modalités de coordination de la position de la Communauté et de ses Etats membres au sein des organes de la BERD.

A. Base juridique de la participation de la Communauté européenne et de la Banque européenne d'investissement.

Mise en œuvre

Le conseil des gouverneurs de la BEI a pris, le 11 juin 1990, lors de sa réunion annuelle, une décision sur l'accession de la BEI à la qualité de membre de la BERD.⁴⁸ Cette décision a été prise sur la proposition du conseil d'administration en date du 11 mai 1990 et après la signature de l'accord par le président, au nom de la BEI, le 29 mai 1990. Cette décision approuve l'accord au nom de la BEI et confirme que celle-ci est juridiquement habilitée à souscrire au capital. Comme le prévoyait déjà la résolution du conseil européen de Strasbourg, et conformément à l'article 6, paragraphe 6, de l'accord constitutif de la BERD, la BEI recevra et détiendra en qualité de mandataire de la BERD (*trustee* dans la version anglaise, moins adéquate sur ce point) le premier paiement des actions à libérer du capital initial par chacun des signataires.

Pour la Communauté européenne elle-même, la décision de participation a été fondée sur l'article 235 du traité CEE conformément à la proposition faite en ce sens par la Commission des Communautés européennes.⁴⁹ La décision en date du 19 novembre 1990⁵⁰ a pour objet d'approuver l'accord au nom de la Communauté, d'indiquer la procédure de désignation du gouverneur et du gouverneur suppléant représentant la Communauté et de désigner le dépositaire ainsi que le correspondant officiel de la BERD (*fiscal agent*) pour toute question relevant de l'accord.

C'est à la Commission qu'il reviendra de désigner le gouverneur et le gouverneur suppléant représentant la Communauté. Le Parlement européen avait souhaité, dans son avis du 12 octobre 1990, être consulté sur cette désignation.⁵¹ Une déclaration inscrite au procès-verbal lors de l'adoption

48 JOCE L 377 du 31 décembre 1990, 3.

49 JOCE C 241 du 26 septembre 1990.

50 JOCE L 372 du 31 décembre 1990.

51 Voir le rapport de M. Pol Marck au nom de la commission des relations économiques extérieures sur la proposition de la Commission au Conseil relative à une décision sur la

de la décision du 19 novembre 1990 précise que le président de la Commission prendra les contacts opportuns avec les présidents du Conseil et du Parlement européen avant la désignation du gouverneur et du gouverneur suppléant.

C'est aussi à la Commission qu'il appartiendra de désigner le dépositaire au sens de l'article 34, paragraphe 1, de l'accord en vue de conserver tous les avoirs que la BERD possède dans la monnaie de la Communauté, ainsi que d'autres avoirs. C'est encore la Commission qui sera l'entité officielle avec laquelle la Banque pourra se mettre en rapport au sujet de toute question relevant de l'accord (article 3 de la décision).

B. Coordination de la position de la Communauté et de ses Etats membres au sein des organes de la BERD

Du point de vue de la Communauté, l'accord portant création de la BERD est un accord mixte, auquel participent à la fois la Communauté et ses Etats membres, qui crée une organisation internationale. On sait que l'article 116 du traité CEE dispose que:

Pour toutes les questions qui revêtent un intérêt particulier pour le Marché commun, les Etats membres ne mènent plus, à partir de la fin de la période de transition, qu'une action commune dans le cadre des organisations internationales de caractère économique. A cet effet, la Commission soumet au Conseil, qui statue à la majorité qualifiée, les propositions relatives à la portée et à la mise en œuvre de cette action commune.

Nous avons indiqué ailleurs⁵² les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de cette disposition, qui sera abrogée lors de l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht, le 7 février 1992,⁵³ en particulier pour ce qui concerne les organisations internationales monétaires et financières.

On peut difficilement exiger que les représentants des Etats membres adoptent une seule et même position à l'égard de toutes les décisions d'octroi de prêts, de constitution de garanties ou de prise de participation. En revanche, sur les questions de politique générale, la coordination doit être organisée. Cette préoccupation n'a pas été absente lors des décisions

conclusion de l'accord constitutif d'une BERD, 28 septembre 1990, P.E., Doc. de séance A3-0236/90 et la résolution du P.E. en date du 12 octobre 1990, JOCE C 284 du 12 novembre 1990, 90.

52 «Le Système monétaire européen et le Fonds monétaire international», in P. Demaret (éd.), *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels* (1988) 185 et suiv.

53 Ce n'est pas le lieu adéquat pour démontrer que ni l'article 109, paragraphe 4, ni l'article J.2, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne ne remplacent vraiment l'article 116.

prises par le Conseil des Communautés européennes à l'occasion de la signature et de l'approbation de l'accord. Ce sont toutefois de simples déclarations au procès-verbal qui ont été adoptées dans cette matière.

Ainsi, à l'occasion de la décision prise par le Conseil de signer l'accord, les Etats du Benelux ont tenu à exprimer leur inquiétude quant au fait que certaines décisions sur des questions fondamentales aient été prises, ou fortement influencées par le recours de certains Etats membres à des arbitrages, dans des enceintes extérieures à la Communauté et sans tenir compte des procédures communautaires. Ceci a conduit les Etats membres à étaler leur division. Les mêmes délégations comptent qu'une coordination régulière des positions des Etats membres au sein de la BERD permettra à l'avenir d'éviter ces graves inconvénients.

Pour sa part, la Commission, sans préjuger des dispositions qui seraient arrêtées au moment de la conclusion de l'accord, a déclaré qu'elle prendrait, conjointement avec la présidence, les initiatives appropriées pour assurer la cohésion des positions exprimées par les représentants des Etats membres, de la Communauté et de la BEI, sur des questions concernant la Banque. Dans ce but, elle ferait régulièrement rapport, dès la phase intérimaire, aux instances du Conseil.

Le procès-verbal de la décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord portant création de la BERD comporte deux déclarations. La première a déjà été mentionnée plus haut; elle concerne la désignation du gouverneur et du gouverneur suppléant. La seconde est une déclaration conjointe du Conseil et de la Commission. Nous croyons utile de la reproduire intégralement:

- A. Le Conseil et la Commission conviennent que les représentants des Etats membres et de la Communauté procèdent à des consultations régulières avant de s'exprimer au sein des organes de la BERD, notamment sur les questions ayant des implications politiques ou financières importantes pour la Communauté ou les Etats membres.
Ces consultations peuvent avoir lieu à la demande d'un représentant d'un Etat membre ou de la Commission et peuvent se tenir au lieu de travail de la Banque.
- B. En particulier, feront l'objet de consultations préalables tous les sujets indiqués à l'article 24 de l'accord portant création de la BERD.
En ce qui concerne l'exercice de son droit de vote au sein des organes de la Banque sur les sujets évoqués ci-dessus, le représentant de la Communauté se ralliera aux orientations qui auront recueilli l'accord de tous les représentants des Etats membres. Si un tel consensus ne peut pas être atteint, le représentant de la Communauté peut décider, soit de se rallier aux orientations qui auront recueilli l'accord de la majorité qualifiée ou de la majorité simple des Etats membres (déterminées selon les règles habituelles de vote au sein du Conseil des Communautés) si l'une ou l'autre existe, soit de s'abstenir.

La Commission se réserve le droit de saisir le Conseil ECOFIN de toute question qu'elle jugera importante pour le fonctionnement de la Banque.

Les sujets indiqués à l'article 24 portent sur les matières réservées au conseil des gouverneurs.⁵⁴

On ne peut considérer comme équivalentes aux exigences de l'article 116 des consultations préalables, fussent-elles tenues régulièrement. Les dispositions relatives au vote du représentant de la Communauté dans le paragraphe B montrent à suffisance que l'accord de la majorité qualifiée ou de la majorité simple ne peut être considéré comme une décision liant tous les Etats membres, mais représente la simple addition des attitudes de vote annoncées au sein des organes de la Banque. Dans cette mesure, on peut comprendre que le représentant de la Communauté puisse se considérer comme n'étant, lui non plus, pas lié par l'orientation de la majorité.

VII. Dispositions générales

A. Suspension temporaire et cessation des opérations (articles 40 à 42)

Ainsi que le note Shihata,⁵⁵ les dispositions relatives à la suspension temporaire et à la cessation des opérations constituent des dispositions standard que l'on retrouve dans les statuts de toutes les banques de développement.

Le même auteur s'interroge sur la raison spécifique qu'il pourrait y avoir à envisager un arrêt définitif des opérations de la BERD. Une fois l'économie de marché réalisée dans les pays d'opérations, la BERD n'aurait-elle plus d'objet? Ce serait méconnaître le fait que l'institution a aussi pour objectif la promotion de l'initiative privée et refuser de prendre en considération la place que pourrait prendre la BERD dans la nouvelle architecture européenne.⁵⁶

Sur le fond même de ces dispositions, on signalera que l'article 40 permet, en cas d'urgence, au conseil d'administration de suspendre temporairement les opérations en ce qui concerne de nouveaux prêts et de nouvelles garanties, des garanties d'émission, des assistances techniques et des prises de participation, et cela dans l'attente que le conseil des gouverneurs ait la possibilité d'en délibérer et d'en décider.

C'est par décision expresse des deux tiers au moins du nombre des gouverneurs représentant au moins les trois quarts du nombre total des voix attribuées aux membres que la Banque peut mettre fin à ses opérations en

54 Voir *supra* section V.A.2.

55 *The EBRD, op. cit.*, 74 et suiv.

56 *Ibid.*, 75, note 33.

vertu de l'article 41, à charge pour elle de prendre des mesures en vue de la réalisation ordonnée, de la conservation et de la sauvegarde de ses avoirs ainsi que du règlement de ses obligations. L'article 42 est relatif à la responsabilité des membres et à la liquidation des créances. Ces dispositions mettent en relief la fonction des actions du capital de la Banque sujettes à appel en tant que garantie de toutes les créances de la Banque y compris les créances conditionnelles. Le paragraphe 2 de l'article 42 énonce l'ordre des avoirs et créances sur lesquels les créanciers au titre des opérations ordinaires titulaires de créances directes doivent être payés, ainsi que l'obligation de procéder à une répartition au prorata entre les créanciers titulaires de créances directes et les créanciers titulaires de créances conditionnelles et cela avant de procéder à quelque paiement que ce soit en faveur de créanciers titulaires de créances directes.

B. Personnalité juridique, privilèges et immunités, exemptions (articles 44 et suivants)

Shihata note à nouveau que les dispositions relatives à la personnalité juridique, aux privilèges et aux exemptions de la Banque sont *generally similar* à celles que l'on retrouve dans d'autres banques de développement.⁵⁷ Ces dispositions ont été mises en œuvre et précisées dans l'accord de siège conclu entre le gouvernement britannique et la Banque, le 15 avril 1991.

L'article 44, en définissant l'objet du chapitre 8 de l'accord, rappelle la portée fonctionnelle des dispositions relatives aux statuts, aux immunités, aux privilèges et aux exemptions. C'est en effet «pour pouvoir atteindre son but et exercer les fonctions qui lui sont confiées» que les droits définis au chapitre 8 sont accordés à la Banque sur le territoire de chacun des pays membres.

Cette dernière référence et les exemples que mentionne l'article 45 pourraient faire penser que la pleine personnalité juridique dont il s'agit dans cette disposition concerne exclusivement la capacité juridique de droit interne de conclure des contrats, d'acquérir, d'aliéner des biens mobiliers et immobiliers et d'ester en justice. Rien ne s'oppose toutefois dans le libellé de l'article 45 à la reconnaissance de la personnalité juridique internationale. Celle-ci découle à suffisance de la qualité des actionnaires de la Banque et de la nature de ses attributions. Cette capacité internationale peut s'exercer notamment par des accords de coopération conclus avec des organisations internationales, au titre de l'article 2, paragraphe 2 ou avec des Etats tiers, au titre de l'article 20, paragraphe 1(viii) (qui se réfère très largement à «toute entité publique ou privée»).

⁵⁷ *The EBRD, op. cit.*, 92.

Rien de plus classique que les dispositions de l'article 46 relatif à la situation de la Banque au regard d'actions en justice, de l'article 47 concernant l'insaisissabilité des avoirs, de l'article 48 qui porte sur l'inviolabilité des archives, des articles 49 et 50 concernant respectivement les exemptions relatives aux avoirs et les privilèges en matière de communications.

On notera qu'en vertu de l'article 51, les immunités des fonctionnaires et agents portent sur les actes accomplis par eux dans l'exercice officiel de leurs fonctions et que cette immunité peut être levée par la Banque. Il est toutefois précisé que cette immunité ne s'applique pas aux actions tendant à la mise en œuvre de la responsabilité civile d'un gouverneur, d'un administrateur, d'un suppléant, d'un fonctionnaire, d'un employé ou d'un expert de la Banque, en cas de dommages provenant d'un accident de la route causé par ces derniers. Shihata note⁵⁸ qu'une telle exception se trouve dans d'autres conventions internationales en particulier la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 à l'article 43, paragraphe 2.

En ce qui concerne les immunités fiscales visées à l'article 53, on notera la distinction entre l'exemption complète des impôts directs et l'exemption limitée des taxes ou droits indirects qui ne visent que les achats ou services d'une valeur substantielle et nécessaires à l'exercice des activités officielles de la Banque.

Les administrateurs, les fonctionnaires et les agents sont soumis à un impôt interne effectif au bénéfice de la Banque ce qui exclut en principe toute taxation nationale. Toutefois, les membres peuvent prendre en compte les traitements et émoluments exemptés pour le calcul du montant de l'impôt sur les revenus provenant d'autres sources. On sait que cette disposition que l'on retrouve dans des conventions internationales de plus en plus nombreuses vise à faire échec à la doctrine qui a été affirmée pour la première fois par la Cour de justice des Communautés européennes dans la célèbre affaire *Humblet*⁵⁹ et qui interdit toute taxation, même indirecte, du revenu immunisé.

En outre, un membre pouvait se réserver, lors du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, le droit d'imposer les traitements et émoluments versés par la Banque à ses citoyens ou à ses ressortissants. Aucun Etat n'a fait une telle réserve. Cette disposition comme celle qui permet à un Etat de tenir compte des traitements et émoluments exemptés pour le calcul de l'impôt national sur d'autres revenus s'explique

58 *The EBRD, op. cit.*, 93.

59 Arrêt du 16 décembre 1960, *Jean Humblet c. Etat belge*, aff. 6/60, *Rec.*, 1960, 1127 et suiv., spéc. 1160 et suiv. Le gouvernement britannique qui s'est engagé, dans l'accord de siège (art. 16), à ne pas taxer les traitements à partir du moment où ils seront soumis à l'impôt interne prévu par l'accord constitutif, s'est effectivement réservé le droit de prendre ces émoluments en compte pour déterminer le niveau de taxation qu'il applique aux autres revenus.

par l'importance soulignée dans les notes explicatives (article 53, point 6) que certains Etats attachent à leurs droits à l'impôt sur le revenu perçu par leurs nationaux qui sont des dirigeants ou des membres du personnel de la Banque.

L'article 54 impose aux membres de la Banque de prendre sans délai toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions relatives aux statuts, aux privilèges, aux immunités et aux exemptions.

L'article 55 prévoit très classiquement que les immunités, privilèges et exemptions sont accordés dans l'intérêt de la Banque et que dès lors il appartient à la Banque de lever dans les conditions prévues à cette disposition les immunités, privilèges et exemptions conférés par le chapitre 8.

C. Amendements, interprétation et arbitrage (articles 56 à 58)

L'article 56 organise la procédure d'amendement.

L'initiative appartient à un membre, à un gouverneur ou au conseil d'administration. La proposition d'amendement est communiquée au président du conseil des gouverneurs. Celui-ci doit approuver l'amendement à la majorité des voix attribuées aux membres prenant part au vote (article 29, paragraphe 2). Si l'amendement proposé est approuvé, il est communiqué aux membres «par un des quelconques moyens rapides de communication». Les trois quarts au moins des membres, comprenant au moins deux pays d'Europe centrale et orientale, disposant des quatre cinquièmes au moins du nombre total des voix attribuées aux membres doivent accepter l'amendement proposé pour que celui-ci puisse être adopté. La Banque entérine ce fait par une communication formelle qu'elle adresse à tous ses membres. Toutefois, l'acceptation par tous les membres est requise dans le cas où un amendement modifierait le droit de retrait, les droits relatifs à la souscription d'actions au capital social prévus au paragraphe 3 de l'article 5, la limitation de la responsabilité des membres selon le paragraphe 7 de l'article 5 et l'objet et les missions de la Banque définis par les articles 1 et 2 de l'accord.

L'acceptation par au moins trois quarts des membres détenant au moins 85 p.100 du nombre total des voix attribuées aux membres est nécessaire pour tout amendement modifiant le paragraphe 4 de l'article 8 du présent accord. On se souviendra que cette disposition est relative aux conditions dans lesquelles la Banque peut opérer en Union soviétique.

En principe, les amendements entrent en vigueur pour tous les membres trois mois après la date de la communication formelle selon laquelle les consentements nécessaires ont été réunis. Le conseil des gouverneurs peut toutefois fixer une autre date.

L'article 57 met en place une procédure concernant les questions relatives à l'interprétation ou l'application des dispositions de l'accord. C'est au conseil d'administration qu'il appartient de décider, avec la possibilité pour tout membre de demander que la question soit portée devant le conseil des gouverneurs dont la décision est sans appel.

Cette procédure se retrouve dans les statuts de nombreuses banques de développement et dans ceux du Fonds monétaire international comme le note Shihata.⁶⁰ Le même auteur mentionne que, dans la pratique, il n'y a jamais eu de recours au conseil des gouverneurs contre une décision prise par le conseil d'administration dans une matière semblable.

L'article 58 concerne la procédure d'arbitrage des différends entre la Banque et un ancien membre ou entre la Banque et un membre après la fin des opérations. De tels litiges seront soumis à un tribunal de trois arbitres, comprenant un arbitre nommé par la Banque, un arbitre désigné par le membre ou l'ex-membre et un troisième arbitre qui, à moins que les parties n'en conviennent autrement, est nommé par le président de la Cour internationale de justice ou toute autre autorité désignée par le règlement adopté par le conseil des gouverneurs. Les décisions du tribunal d'arbitrage sont sans appel et lient les parties. Elles sont prises à la majorité. Le troisième arbitre a pleins pouvoirs pour régler toutes les questions de procédure sur lesquelles les parties seraient en désaccord.

D. Langues faisant foi et langues de travail

L'article 63, *in fine*, dispose que l'accord est fait à Paris le 29 mai 1990 en un seul exemplaire original, dont les versions en langues allemande, anglaise, française et russe font également foi. Il n'y a aucune disposition dans l'accord en ce qui concerne les langues de travail. Toutefois le président de la conférence a adressé à ce sujet une lettre à toutes les délégations, aux termes de laquelle:

The four languages of the authentic text of the Agreement, mentioned in the testimonium, would be the Bank's working languages, to be used by the Bank according to its day to day needs, and taking into consideration the interest of efficiency and economy.

Cette formule diplomatique permet à la Banque de ne pas recourir nécessairement aux quatre langues officielles dans toutes les réunions de travail.

60 *The EBRD, op. cit.*, 100.

E. Entrée en vigueur (article 62)

L'article 62 prévoit que l'accord entrerait en vigueur lorsque des signataires de la souscription initiale représentant les deux tiers au moins de l'ensemble des souscriptions, telles qu'elles sont fixées dans l'annexe A reprenant la liste des membres potentiels, et comprenant au moins deux pays d'Europe centrale et orientale énumérés à la même annexe, auraient déposé leur instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Les auteurs de l'accord avaient même prévu que si, au 31 mars 1991, cet accord n'était pas entré en vigueur, le dépositaire pouvait réunir les membres potentiels intéressés pour décider de la conduite à adopter et fixer une nouvelle date limite des dépôts des instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Il n'a pas été nécessaire de faire appel à cette procédure puisqu'à la date du 28 mars 1991, tous les Etats membres potentiels avaient déposé leur instrument de ratification et, comme on le sait, l'accord a, dès lors, pu entrer en vigueur.

Conclusions

La BERD a approuvé dans le courant du mois de juin son premier prêt d'un montant de 50 millions de dollars au bénéfice de la Banque de Poznan en vue de soutenir le nouveau programme du gouvernement polonais en matière d'énergie. Ce prêt se fera en co-financement avec la Banque mondiale qui apporte une vingtaine de millions et qui procurera des financements dans le même but pour un montant total de 240 millions de dollars. Ce prêt a été considéré à titre provisoire comme une opération bénéficiant au secteur public, mais il n'est pas exclu que dans un futur proche la banque polonaise concernée soit privatisée. Au total, la BERD aura approuvé quatorze projets en 1991 pour un montant de 414 millions d'écus, contribuant ainsi à des investissements de 1,5 milliard d'écus. Elle a, pour la première fois, lancé un emprunt public pour un montant de 500 millions d'écus en 1991.

On ne peut prétendre tirer des conclusions sur l'action de la Banque alors que son activité vient de débiter. Nous reprendrons plutôt les raisons qui ont poussé à la création de la Banque. Nous examinerons sa nature et le rôle qu'elle est appelée à jouer parmi les organisations européennes, à la lumière de l'analyse de l'accord à laquelle nous venons de procéder.

Dans une déclaration devant le sous-comité de la Chambre des représentants des Etats-Unis sur le développement international, la finance, le commerce et la politique monétaire, le 9 mai 1990, Horst Schulmann, directeur exécutif de l'*Institute of International Finance*, a dégagé onze

raisons pour lesquelles lui paraissaient se justifier la création de la Banque et la participation des Etats-Unis à cette initiative.⁶¹

Répondant à titre personnel à une question en ce sens du président de la sous-commission, M. Schulmann mentionnait les facteurs suivants:

- l'immensité des besoins et dès lors l'intérêt d'une source supplémentaire de financement;
- le biais pour le secteur privé qu'aura la Banque à la différence d'autres institutions;
- la possibilité d'attribuer, comme dans d'autres banques de développement régional, des responsabilités plus grandes aux membres régionaux tout en potentialisant l'apport de membres ne faisant pas partie de la région;
- la nouvelle institution aura besoin d'une nouvelle bureaucratie mais qui pourra faire preuve de plus de dynamisme que le personnel d'une institution existante;
- tous les Etats membres bénéficiaires potentiels de l'intervention de la BERD ne sont pas membres des institutions existantes. C'est le cas, par exemple, pour la Bulgarie. En outre, tous ces bénéficiaires ne peuvent pas entrer nécessairement en ligne de compte pour une aide financière de la Banque mondiale en raison du niveau trop élevé de leur revenu par tête comme c'est le cas, par exemple, pour la Tchécoslovaquie;
- la création de la BERD sera ressentie par les pays à bas et moyens revenus d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine comme une indication que l'aide que la Banque mondiale et les autres institutions universelles apporteront à l'Europe centrale et orientale ne se fera pas à leurs dépens;
- même si les membres de la BERD n'auront pas de monopole en ce qui concerne les fournitures résultant de l'octroi de crédit, ils auront nécessairement un avantage dans l'attribution des marchés;
- même si les conditions de l'Europe actuelle sont différentes de celles de 1947 on retrouve cependant la même idée fondamentale, c'est-à-dire qu'une assistance externe est appelée à jouer un rôle en vue de l'auto-développement;
- la participation des Etats-Unis à la BERD est la confirmation que les Etats-Unis restent fermement engagés à maintenir une forte présence sur le continent et à jouer un rôle dans sa transformation;
- la BERD sera la première institution financière internationale dont l'Union soviétique est membre. Cela pourra constituer une opportunité pour la communauté internationale de juger dans quelle mesure l'Union soviétique pourra remplir son rôle de membre futur des institutions de *Bretton Woods*;
- comme les autres gouvernements occidentaux, le gouvernement des Etats-Unis a un intérêt clair aux succès politique et économique des nouvelles démocraties. Des efforts bilatéraux et multilatéraux sont nécessaires pour assurer le succès. Ne pas y prendre part serait pour les Etats-Unis un pas rétrograde et créerait un dangereux précédent.

La plupart de ces éléments sont sans doute intervenus dans la décision de plusieurs futurs membres de la BERD et en particulier des Etats-Unis de

61 Hearing before the subcommittee on International development, finance, trade and monetary policy of the Committee on banking, finance and urban affairs. House of representatives, one hundred first congress, second session, 9 May 1990, serial n° 101-119, 56 et suiv., spéc. 59-60.

participer à la nouvelle institution. Pour le président de la Banque, M. Attali, d'autres arguments ont certainement joué un rôle dans le lancement de l'initiative. A plusieurs reprises, M. Attali a défini la BERD comme devant être «le pôle de référence économique de l'architecture du continent». ⁶²

En outre, ne s'agissait-il pas pour la France – et sans doute aussi pour d'autres pays – de multilatéraliser l'assistance économique aux pays d'Europe centrale et orientale afin d'éviter que la République fédérale d'Allemagne n'acquière une position monopolistique dans ce domaine?

L'ouverture de l'accès de la BERD à des membres de l'OCDE autres que les Etats d'Europe, et en particulier aux Etats-Unis et au Japon, reflète le souci de faire partager le poids (*burden sharing*) de l'assistance à l'Europe centrale et orientale, mais cet élargissement ainsi que la participation d'autres Etats non européens donnent à la composition de la Banque une configuration différente de celle qui caractérise les institutions naissantes de la conférence de sécurité et de coopération en Europe. Certes, de nombreux Etats non régionaux participent au capital de banques régionales de développement et le phénomène n'a, dès lors en soi, rien de particulier, mais il introduit une difficulté réelle si l'on veut que la BERD soit l'épine dorsale du processus de coopération économique dans le cadre de la CSCE.

«Européenne dans son essence et largement internationale par sa composition», la BERD fait en réalité la part belle à des Etats et à des structures extra-européens. Certes, les Etats de la Communauté, la Communauté elle-même et la Banque européenne d'investissement disposent ensemble de 51 p.100 des actions et dès lors des voix, mais non seulement une majorité de rechange, celle du groupe des Sept, pourrait faire prévaloir ses orientations, mais encore des décisions capitales pour l'avenir du continent ne peuvent être prises qu'avec l'accord des Etats-Unis et du Japon. Nous voyons, on l'aura compris, les conditions mises à l'accès de l'Union soviétique aux ressources de la Banque par l'article 8, paragraphe 4, dont les dispositions ne peuvent être amendées qu'à la majorité surqualifiée des trois quarts des membres détenant au moins 85 p.100 du nombre total des voix attribuées. La concession faite sur ce point aux Etats-Unis ne peut s'expliquer, comme aussi par exemple les modalités prévues à l'article 6, paragraphe 3 pour le paiement des souscriptions d'actions du capital social initial, que par le souci d'aboutir rapidement au terme des négociations.

Si l'«ensemble communautaire» dispose d'une majorité protégée de 51 p.100, les institutions et les Etats membres ne semblent pas manifester la volonté d'organiser par des décisions internes à la Communauté l'unité d'expression du point de vue de celle-ci au sein des organes de la Banque. Certes, la Communauté et la Banque européenne d'investissement parti-

62 *L'Echo*, 6-8 mai 1991.

cipent pour la première fois à une institution financière de cette nature et cette participation n'a pas été facile à faire admettre par certains des partenaires de la Communauté. Sans la résolution du conseil européen de Strasbourg, on peut penser que les négociateurs de la Communauté auraient eu peu de chance d'imposer une telle participation. La Banque est toutefois une organisation purement intergouvernementale. Les gouverneurs et les administrateurs expriment le point de vue des gouvernements qui les ont nommés ou élus. Les administrateurs peuvent scinder leurs voix selon les positions des différents Etats qu'ils représentent. Le fait est sans précédent au sein des organisations financières internationales. En effet, le désaccord au sein de la constituante qui l'a élu amène normalement l'administrateur du Fonds monétaire international ou de la Banque mondiale à s'abstenir dans le vote.

L'expérience démontre que la qualité de l'action d'une institution de cet ordre dépend du niveau et de l'indépendance du personnel dirigeant. Le fait que le président soit désigné par le conseil des gouverneurs et non pas par le conseil d'administration, les débats qui ont eu lieu sur le caractère permanent ou non de la fonction d'administrateur, les déclarations contrastées sur le rôle de la Banque faites par son président et par l'un ou l'autre de ses dirigeants montrent que le souci de laisser au président et à ses collaborateurs l'indépendance indispensable n'est pas unanimement partagé. La décision de fixer à cinq le nombre de vice-présidents et la vigilance attendue par certains gouvernements de la part de leur administrateur sont d'autres indices de cette volonté limitative.

Un organe de presse⁶³ prête au secrétaire général de la BERD, chargé des relations avec le conseil d'administration et le comité exécutif, l'opinion selon laquelle:

Pour éviter toute tension, il faudra veiller à ce que le conseil soit pleinement intégré au processus de décision, tout en laissant la haute main au président pour la conduite opérationnelle des dossiers.

D'autres responsables de la Banque, souvent issus du secteur privé, voient plutôt dans les vingt-trois délégués un frein à la flexibilité, à la rapidité des décisions.

La lourdeur institutionnelle n'est pas le seul handicap que devra surmonter la Banque. Il y a aussi la nécessité de prouver de façon effective que son intervention ne fait pas double emploi avec les activités d'autres institutions. C'est ce dernier danger qu'a évoqué dans une allocution au conseil des gouverneurs, le ministre néerlandais des Finances, M. W. Kok, qui a

63 *L'Expansion*, 4 avril 1991.

présidé la séance d'ouverture de la Banque.⁶⁴ C'est en particulier sur le terrain de l'assistance technique et de la coordination de l'aide que les doubles emplois et, dès lors, les conflits pourraient se matérialiser.

La Commission des Communautés européennes s'est vu confier, nous l'avons rappelé au début de l'exposé, un rôle de coordination dans le cadre du groupe des vingt-quatre à la suite du sommet de l'Arche de 1989. Sur ce terrain, elle se heurte au souhait exprimé dans certains milieux et par le président de la BERD de voir cette institution reprendre la tâche de coordination assumée par la Commission. Lors de la première réunion du conseil des gouverneurs de la BERD, M. Christophersen, vice-président de la Commission et gouverneur pour la Communauté aurait souligné combien il est important de respecter le principe de l'additionnalité et de la complémentarité avec les autres institutions multinationales.

Ainsi la BERD accordera-t-elle des prêts à des grands projets d'infrastructure, comme la BEI et la Banque mondiale, et elle participera à des investissements de capital à risque comme la Société financière internationale, mais elle sera en première ligne dans des domaines tels que la privatisation, la mise en place de nouveaux intermédiaires financiers et la réforme des banques existantes.⁶⁵

Catalyseur et opérateur, selon les expressions du chef de cabinet du président de la Commission,⁶⁶ la BERD ne devrait pas assumer le rôle de coordination réservée à une institution plus politique comme la Commission. Des arguments peuvent certes être avancés en faveur de la cession de ce rôle de coordination à la BERD, en raison notamment du potentiel de connaissance et de réflexion sur les développements et les besoins en Europe centrale et orientale que vont nécessairement accumuler les membres du personnel de la BERD, alors que la Commission a des tâches beaucoup plus diversifiées et que les effectifs spécialisés dans ces questions sont nécessairement limités. On peut cependant s'interroger sur l'opportunité de confier à une organisation aussi intergouvernementale que la Banque, dont de surcroît la composition est aussi diversifiée et le processus décisionnel aussi lourd, des tâches assignées à la Commission précisément en raison de ses caractéristiques supranationales et de son efficacité. Il ne semble pas que, pour le moment, le groupe des Sept soit disposé à retirer à la Commission le mandat qu'il lui a confié en 1989. Les conclusions du sommet économique tenu à Londres en juillet 1991 comportent plutôt la volonté d'intensifier le processus de coordination tel qu'il existe actuellement.⁶⁷

64 *Het Financiele Dagblad*, 17 avril 1991; voir aussi, dans le même sens, les déclarations de l'administrateur néerlandais au Fonds monétaire international, M. G.A. Posthumus, *Het Financiele Dagblad*, 27-29 avril 1991.

65 *Europe*, 18 avril 1991.

66 Déclaration prêtée à M. Pascal Lamy par le journal *L'Expansion* du 4 avril 1991.

67 Voir les conclusions du 17 juillet 1991, paragraphe 27.

The Common Agricultural Policy in the Single European Market

I. Introduction	311
II. Development, Implementation, and Evaluation	312
A. Historical Development of the CAP	312
B. Accomplishments and Problems	316
III. CAP Objectives: A Search for Change	318
A. Aims of EEC and Single Market Treaties	319
B. Multi-annual Financial Framework	320
IV. Reinterpretation of the CAP Objectives	324
A. Initial Reinterpretation	324
B. The Commission's Reform Proposals	328
V. Conclusions	331

by

FRANCIS SNYDER

Table of Contents

I. Introduction	311
II. Development, Assumptions, and Principles	313
A. Historical Development of the CAP	313
B. Assumptions and Principles	316
III. CAP Objectives: A Baseline for Change	319
A. Article 39 EEC and Basic Judicial Guidelines	319
B. Modification by Legislation and Policy Documents	320
IV. Reinterpretation of the CAP Objectives	324
A. Judicial Reinterpretation	324
B. The Commission's Reform Proposals	328
VI. Conclusions	333

Table of Contents

311	I. Introduction
313	II. Development, Assumptions, and Principles
315	A. Historical Development of the CAP
316	B. Assumptions and Principles
319	III. CAP Objectives: A Baseline for Change
319	A. Article 39 EEC and Basic Judicial Guidelines
320	B. Modification by Legislation and Treaty Documents
324	IV. Reinterpretation of the CAP Objectives
324	A. Judicial Reinterpretation
325	B. The Commission's Reform Proposals
328	VI. Conclusion

Biography

Francis Snyder is currently Professor of European Community Law at the European University Institute, Florence, Visiting Professor at the College of Europe in Bruges and Visiting Professor of European Law at University College London. He was born on 26 June 1942 in Madison, Wisconsin, USA. He studied political science at Yale University (B.A., 1964), was a Fulbright Scholar at the *Institut d'études politiques de Paris* (1964-65) and then studied law at Harvard Law School (J.D., 1968). Subsequently he received the *Certificat de droit et économie des pays d'Afrique* (1969) and the *Doctorat de spécialité (3ème cycle)* (1973) at the *Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)*. He taught at Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, and at the University of Warwick, and held visiting appointments at Yale, Sussex, Leiden and Aix-Marseille III before coming to University College London in 1987. From 1989 until 1992 he was Professor of European Law in the University of London, based at University College. In 1988 he was awarded the title of *Officier dans l'Ordre des Palmes Académiques*. He is the European Law Editor of the *Modern Law Review*. His research interests lie in the law of EC institutions, EC legislative process, European economic law, legal aspects of economic integration, law of the Common Agricultural Policy, EC law in its social context, and EC external relations law, especially the common commercial policy and development policy.

Biography

Francis Snyder is currently Professor of European Community Law at the European University Institute, Florence, Visiting Professor at the College of Europe in Bruges and Visiting Professor of European Law at University College London. He was born on 26 June 1942 in Madison, Wisconsin, USA. He studied political science at Yale University (B.A., 1964), was a Fulbright Scholar at the Institute for Advanced Study at Princeton (1965-67) and then studied law at Harvard Law School (LL.M., 1968). Subsequently he received his Certificate in Law and Economics from Yale (1969) and his Doctorate in Jurisprudence (J.D.) (1973) at the University of Toronto (York University, Toronto) and at the University of Waterloo, and held visiting appointments at Yale, Sussex, London and Aix-Marseille. In 1976 he was appointed to University College London in 1987. From 1982 until 1992 he was Professor of European Law in the University of London, based at University College. In 1988 he was awarded the title of Officer dans l'Ordre des Palmes Académiques. He is the European Law Editor of the *Journal of European Law*. His research interests lie in the law of EC institutions, EC legislative process, European economic law, legal aspects of economic integration, law of the Common Agricultural Policy, EC law in its social context, and EC external relations law, especially the common commercial policy and development policy.

Principal Publications

European Community Law, 2 vols. (editor) (1993).

New Directions in European Community Law (1990).

Common Agricultural Policy of the European Economic Community (1990); reprinted from *Halsbury's Laws of England*, Vol. 1(2), 4th edition reissue, 1990.

Law of the Common Agricultural Policy (1985); Fr. trans. *Droit de la politique agricole commune* (1987); Ital. trans. *Diritto agrario della Comunità europea* (1990).

Guest Editor, *New Perspectives on European Community Law*, Special Issue of the *Modern Law Review*, 53, 5, September 1990.

'European Community Law and Third World Food Entitlements', 32 *German Yearbook of International Law* (1989) 87-110.

The Political Economy of Law: A Third World Reader (co-edited with Y. Ghai and R. Luckham) (1987).

The International Law of Development: Comparative Perspectives (co-edited with P. Slinn) (1987).

Labour, Law and Crime: An Historical Perspective (co-edited with D. Hay) (1987).

Policing and Prosecution in Britain: Essays in the Social History of the Criminal Law (co-edited with D. Hay) (1981).

Capitalism and Legal Change: An African Transformation (1981).

Law and Population in Senegal: A Survey of Legislation (with M-A. Savane) (1977).

One-Party Government in Mali (1965).

Principal Publications

European Community Law, 2 vols. (Edinb. 1984)

New Directions in European Community Law (1982)

Common Agricultural Policy of the European Economic Community (1980),
reprinted from *History's Law of England*, Vol. 15, 4th edition 1980.

1980

Law of the Common Agricultural Policy (1982). For more details see the
above article's comments (1982) *Int. Bus. Dev. & Econ. Affairs* 100-101
(1982)

Guest Editor: New Perspectives on European Community Law, Special
Issue of the *Modern Law Review*, 55, 2, September 1982

European Community Law and Third World Development, 11
Current Features of International Law (1982) 81-112

The Political Economy of Law: A Third World Reader (co-edited with Y.
Ghai and R. Lockhart) (1981)

The International Law of Development: Comparative Perspectives (co-edited
with P. Shih) (1981)

Labour Law and Crime: An Historical Perspective (co-edited with D. Hay) (1981)

Police and Prosecution in Britain: Essays in the Social History of the
Criminal Law (co-edited with D. Hay) (1981)

Capitalism and Legal Change: An African Transformation (1981)

Law and Religion in Senegal: A Survey of Legislation (with M.A.
Savane) (1977)

The First Government in Africa (1962)

I. Introduction

The European Community (EC) Common Agricultural Policy (CAP) often seems to be a paradox in the Single European Market (SEM).¹ For one thing, the CAP is long-established. It is largely a creation of the early 1960s, antedating the Commission's 1985 White Paper² on the completion of the internal market by more than two decades. Second, the CAP was the EC's first major (and for a long time only) common policy. Virtually unique among EC policies until recently, it has been so central to European integration, as well as to the development of EC law and institutions, that it has often been described as the EC's 'marriage contract'.³

Third, the CAP is often portrayed as the epitome of state intervention and economic regulation. Envisaged as a type of economic policy, it thus appears sometimes to be diametrically opposed to the SEM, which has so far been marked mainly by an emphasis on 'liberalization', private enterprise and market competition. Fourth, in the era of possessive individualism which began in the late 1970s, the CAP has frequently seemed to be an anomalous conjunction of economic and social policies. Purportedly sustained only by farmers' organizations, it is designed, in principle, to protect the family farm. Curiously, the apparently anomalous character of the CAP is strengthened, rather than being weakened, by its failure to achieve this objective. Not only has the CAP failed to improve the income of Europe's numerous small farmers. It has also fostered the internationalization and integration of the food chain, together with changes in the structure of agricultural production, which have reduced farmers' political power dramatically since the late 1950s.

The CAP is thus a long-established common policy, involving a high degree of state regulation, and designed in principle (but not always adequately in practice) to achieve both economic and social objectives. To what extent is it compatible with the SEM?⁴ What strategies which will in-

- 1 The Common Agricultural Policy is based on the Treaty establishing the European Economic Community (EEC). Following common practice and for the sake of convenience, however, in this paper the expressions European Community (EC) and European Economic Community (EEC) are used interchangeably.
- 2 Commission of the European Communities, 'Completing the Internal Market', COM(85) 310 final (1985).
- 3 See generally F. Snyder, *Law of the Common Agricultural Policy* (1985) 3-5, *passim*; trans. as *Droit de la politique agricole commune* (1987), *Diritto agrario della Comunità europea* (1990) (hereinafter referred to as *Law of the CAP*); F. Snyder, *Common Agricultural Policy of the European Economic Community* (1990) (hereinafter referred to as *Common Agricultural Policy*); J.A. Usher, *Legal Aspects of Agriculture in the European Community* (1988), *passim* (hereinafter referred to as *Legal Aspects of Agriculture*); G. Olmi, *Commentaire Megret: Le droit de la CEE 2: Politique agricole commune* (2nd ed., 1991) 323-326 (hereinafter referred to as *Politique agricole commune*).
- 4 For the present purposes it is assumed that the achievement of the SEM, in legal terms the completion of the internal market, will not necessarily be completed by 31 December

tegrate the CAP into the SEM are being developed, explicitly or implicitly, by the European Court of Justice and the Commission? These questions underlie the present paper.⁵

To address these questions, it is useful, if not indispensable, to draw on two different types of sources. The first is legal doctrine, mainly the Treaty of Rome,⁶ together with legislation and judicial decisions, at both EC and national levels. The second is information about the social, political and economic context in which EC law operates. This information, in turn, is of two types: first, practical or craft knowledge about agricultural policies, the making and application of law and the operation of legal processes regarding the CAP; and, second, theoretical knowledge, including hypotheses and theories from other disciplines about the role of law in society, such as the consequences of law, both intended and unintended. Both types of material are essential if we are to place the law of the CAP in its economic, political, and social context, and thus, in turn, in the context of the completion of the SEM.⁷

The paper is organized as follows. The next part of the paper, Part II, discusses the development, assumptions and principles of the CAP. Part III and IV concern the gradual transformation of the objectives of the CAP. In order to examine the CAP objectives and their relation to the SEM, it is helpful to distinguish a three-fold development, based on a combination of analytical, chronological and institutional criteria: the establishment of the original objectives, their modification, mainly by different forms of legislation, and the gradual reinterpretation of the role of the CAP in the SEM. Part III is concerned with the original CAP objectives and their modification, mainly by Treaty amendment and administrative 'soft law'. Part IV discusses the reinterpretation of the role of the CAP in the SEM, first by the

1992. The argument of this paper is not meant to depend upon the realization of the EC's aims within the time period, which is not legally binding, stated in Article 8A of the Treaty of Rome, as substituted by the Single European Act.

5 This paper is a substantially revised, much shorter and updated version of the original lectures. Much of the basic introductory information on the CAP which was presented in the lectures has been omitted, so that attention could be focussed on two questions of significance not only to the CAP but also to EC law and institutions generally. For basic information, the reader should refer, in particular, to F. Snyder, *Common Agricultural Policy*, *supra* note 3; J.A. Usher, *Legal Aspects of Agriculture*, *supra* note 3; or G. Olmi, *Politique agricole commune*, *supra* note 3.

6 Articles 38-47 EEC, which refer to agriculture, were not altered by the texts adopted by the Inter-Governmental Conferences in Maastricht in December 1991.

7 For a more extended exposition of the necessity of understanding EC law in its context, together with some basic tools for doing so, see F. Snyder, *New Directions in European Community Law* (1990) (hereinafter referred to as *New Directions*). A collection of readings on EC law in context may be found in F. Snyder (ed.), *European Community Law*, 2 vols. (in press, 1993). I wish also to acknowledge, in particular, the stimulus of Christian Joerges, Renaud Dehousse and Giandomenico Majone at the European University Institute in Florence, as well as William Twining at University College London, in helping me to think about the meaning of law in context.

European Court of Justice and then by the Commission. Part V consists of a brief conclusion.

II. Development, Assumptions, and Principles

A. Historical Development of the CAP

The historical development of the CAP cannot be fully recounted here.⁸ It may however be summarized for the present purposes by referring to two elements. The first is the internationalization of the food and agricultural sector. The second is the inclusion of agricultural policy in a particular legal form in the Treaty of Rome. In the late 1950s the convergence of these elements helped to produce the basic structure of the CAP. In the long run, however, these economic relations and their legal expression have increasingly diverged. Indeed, it may be suggested, their divergence underlies, at least in part, the current crisis of the CAP.

The term 'internationalization' refers not only to a growth in foreign trade but also, and crucially, to the fact that the conditions of production and exchange are increasingly defined on an international scale. The internationalization of the food and agricultural sector is not a new phenomenon. Since the Second World War, however, the world food and agricultural economy has been transformed. The 'set of activities and relationships that interact to determine what, how much, by what method and for whom food is produced'⁹ is today largely international rather than national in scope. These changes have been stimulated and encouraged by EC law.¹⁰

In the mid-1950s, following pressure from France, the Netherlands and Italy, agriculture was included in the Treaty of Rome. The EEC thus differed from the European Free Trade Association (EFTA), the arrangements for which did not embrace agriculture. In France, the Netherlands and Italy, in particular, agriculture was of special economic, demographic and political importance. The agricultural sector was also intended to be a pillar of European integration.

Hence Article 3(d) of the Treaty of Rome provides that the activities of the EEC must include the adoption of a common policy in the sphere of agriculture. Articles 38 to 47 concerning agriculture form Title II, 'Agriculture', of Part II, 'Foundations of the Community'. The common market is required to extend to agriculture and trade in agricultural products (Article 38(1) EEC). In turn, the operation and development of the common

8 See M. A. Tracy, *Agriculture in Western Europe* (3rd ed., 1982).

9 Organization for Economic Co-operation and Development, *Food Policy* (1981) 10.

10 See F. Snyder, *New Directions*, *supra* note 7, at 128-142.

market must be accompanied by the establishment of a common agricultural policy (Article 38(4) EEC). Article 40(3) is the 'powers' clause concerning common organizations of the market. Article 43 provides the legal basis for most CAP legislation.

The Treaty does not give a precise definition of 'agriculture' or even of 'agricultural holding'.¹¹ It is, however, clear from the scope of the Treaty that 'agriculture' includes horticulture,¹² silviculture,¹³ viticulture¹⁴ and apiculture.¹⁵ By contrast, 'agricultural products' are defined in the Treaty as the products of the soil, of stockfarming and of fisheries and products of first-stage processing directly related to these products.¹⁶ These products are listed in Annex II to the Treaty.¹⁷ In order to determine whether products

- 11 It is for the Community institutions to work out an appropriate definition: see Case 85/77, *Società Santa Anna Azienda Avicola v. INPS*, [1978] ECR 527, [1978] 3 CMLR 67.
- 12 EEC Treaty, Annex II; see also the United Kingdom Act of Accession, Arts. 65-68.
- 13 EEC Treaty, Annex II; see also Act of Accession, Art. 84. In addition to live trees, this category includes 'other plants, bulbs, roots and the like, cut flowers and ornamental foliage'.
- 14 EEC Treaty, Annex II; see also Act of Accession, Art. 69.
- 15 EEC Treaty, Annex II.
- 16 Art. 38(2). The European Court of Justice has given a broad interpretation of 'products of first stage processing directly related to these products', requiring only a clear economic interdependence between basic products and products resulting therefrom irrespective of the number of processes involved: see Case 185/73, *Hauptzollamt Bielefeld v. König*, [1974] ECR 607.
- 17 The description of products in the list, with the chapter number in the Brussels Nomenclature, is as follows: (c.1) Live animals; (c.2) Meat and edible meat offals; (c.3) Fish, crustaceans and molluscs; (c.4) Dairy produce; bird's eggs; natural honey; (c.5) 05.04, Guts, bladders and stomachs of animals (other than fish), whole and pieces thereof; 05.15, Animal products not elsewhere listed or included; dead animals of c.1 or c.3, unfit for human consumption; (c.6) Live trees and other plants; bulbs, roots and the like; cut flowers and ornamental foliage; (c.7) Edible vegetables and certain roots and tubers; (c.8) Edible fruits and nuts; peel of melons or citrus fruit; (c.9) Coffee, tea and spices, excluding mate (heading 09.3); (c.10) Cereals; (c.11) Products of the milling industry; malt and starches; gluten; inulin; (c.12) Oil seeds and oleaginous fruit; Miscellaneous grains, seeds and fruit; industrial and medical plants; straw and fodder; (c.12) ex 13.03, Pectin; (c.15) 15.01, Lard and other rendered pig fat; rendered poultry fat; 15.02 Unrendered fats of bovine cattle, sheep or goats; tallow (including *premier jus*) produced from those fats; 15.03, Lard stearin, oleostearin and tallow stearin; lard oil, oleo-oil and tallow oil, not emulsified or mixed or prepared in any way; 15.04, Fats and oil, of fish and marine mammals, whether or not refined; 15.07, Fixed vegetable oils, fluid or solid, crude, refined or purified; 15.12, Animal or vegetable fats and oils, hydrogenated, whether or not refined, but not further prepared; 15.13, Margarine, imitation lard and other prepared edible fats; 15.17, Residues resulting from the treatment of fatty substances or animal or vegetable waxes; (c.16) Preparations of meat, of fish, of crustaceans or molluscs; (c.17) 17.01, Beet sugar and cane sugar, solid; 17.02, Other sugars; sugar syrups; artificial honey (whether or not mixed with natural honey); caramel; 17.03, Molasses, whether or not decolourized; 17.05, Flavoured or coloured sugars, syrups and molasses, but not including fruit juices contained added sugar in any proportion; (c.18) 18.01, Cocoa beans, whole or broken, raw or roasted; 18.02, Cocoa shells, husks, skins and waste; (c.20) Preparations of vegetables, fruit or other parts of plants; (c.22) 22.04, Grape must, in fermentation or with fermentation arrested other than by the

fall under Annex II it is necessary to consider their customs classification under the Brussels Tariff Nomenclature as glossed by its Explanatory Notes.¹⁸

The elaboration of the CAP on the basis of these Treaty Articles has been an uneven process. For the sake of convenience, however, we can distinguish roughly between five different phases.

The first phase was the period of preparation from the entry in force of the Treaty in 1958 until early 1962. The second phase was the 'golden age' of the CAP. A period of creation, it lasted from 1962 until 1968. This period witnessed (i) the adoption of the basic CAP principles at marathon sessions of the Council in December 1961 to January 1962 (cereals, pig-meat, eggs, poultry, fruit and vegetables, wine) and December 1963 (beef and veal, milk, oils and fats); (ii) the decision to begin the second stage of the transition period; (iii) agreement on the common price for cereals in December 1964, with its entry into force delayed until 15 July 1967; (iv) agreement on prices for milk, sugar, beef, rice, all in relation to the cereals price; and (v) the adoption of common prices for almost all products by 1 July 1968, with the exception of wine, sheepmeat, potatoes, and agricultural alcohol. Thus by 31 December 1968, the end of transitional period, the basic form of the CAP was established.

A third period from 1968 to 1975 was a time of crisis and change, both in the CAP and in the EC as a whole. It saw (i) basic changes in the international monetary system, which led to the introduction of 'green' rates and monetary compensatory amounts;¹⁹ (ii) the oil crises and the beginning of

addition of alcohol; 22.05, Wine of fresh grapes; grape must with fermentation arrested by the addition of alcohol; 22.07, Other fermented beverages (e.g. cider, perry and mead); ex 22.08, 22.09, Ethyl alcohol or neutral spirits, whether or not denatured, of any strength, obtained from agricultural products here listed, excluding liqueurs and other spirituous beverages and compound alcoholic preparations (known as 'concentrated extracts') for the manufacture of beverages; 22.10, Vinegar and substitutes for vinegar; (c.23), Residues and wastes from the food industries; prepared animal fodder; (c.24) 24.01, Unmanufactured tobacco; tobacco refuse; (c.45) 45.01, Natural cork, unworked, crushed, granulated or ground; waste cork; (c.54) 54.01, Flax, raw or processed but not spun; flax tow and waste (including pulled or garnetted rags); and (c.57) True hemp (*Cannabis sativa*), raw or processed but not spun; tow and waste of true hemp (including pulled or garnetted rags or ropes). Headings 17.05, 22.08-22.10 were added to Annex II by Council Regulation 7a/59 pursuant to the EEC Treaty, Art. 38(3). On the validity of that regulation, see Case 185/73, *Hauptzollamt Bielefeld v. König*, [1974] ECR 607.

As Annex II adopts word for word certain headings of the Common Customs Tariff, it is appropriate to refer to established interpretations and methods of interpretation relating to the tariff in interpreting Annex II: Case 77/83, *SrL CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della Sanità*, [1984] ECR 1257.

18 Case 61/80, *Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek v. Commission*, [1981] ECR 851; Case 131/87, *Re Trade in Animal Glands: Commission v. Council*, [1991] 1 CMLR 780.

19 Further information on these detailed matters, as on other specific aspects of the development of the CAP, may be found in particular in F. Snyder, *Law of the CAP*, *supra*

recession in Europe; and (iii) the accession to the EC of the United Kingdom, Ireland and Denmark, which during the next decade led to increasing pressure on the Council to control agricultural expenditure.

The fourth period, beginning in the mid-1970s and lasting until about 1984, was a period of recession. Economic events led to increasing national protectionism, which, in conjunction with the Luxembourg Accords, virtually paralysed the EC's decision-making processes. The sole exception was the European Court of Justice, which took the initiative in promoting economic integration, in particular by elaborating the principle of mutual recognition.²⁰ This period also saw the build-up of large agricultural surpluses, together with the EC's initial steps to deal with this problem.²¹

A fifth period may also be discerned, lasting from 1984 to the present. With regard to the CAP, as well as for the EC as a whole, this period was a time of change and potential reform. It comprised (i) the introduction of dairy quotas in the spring of 1984; (ii) the Commission's 1985 White Paper on 'Completing the Internal Market'; (iii) the 1986 Single European Act, which came into force on 1 July 1987; (iv) the February 1988 Brussels Summit; and (v) the proposals for reform of the CAP submitted by the Commissioner for Agriculture, Ray MacSharry, in early 1991 and largely accepted in mid-1992. These changes reflected, in part, the increasing divergence between legal and economic relations: on the one hand, the legal framework of the CAP as originally established, and, on the other hand, the development of an agricultural sector characterized by the co-existence of a small number of highly internationalized production units and a large number of much smaller farms.²² Whether 1993 will signal a new era for the CAP remains to be seen.

B. Assumptions and Principles

The CAP is based, implicitly or explicitly, on a number of assumptions and principles. It is possible to identify at least five underlying assumptions. At least some of them are occasionally expressed in public, either by the EC institutions, in particular the Commission, or in the course of political debates, usually at the level of the Member States. More frequently,

note 3; F. Snyder, *Common Agricultural Policy*; *supra* note 3; and G. Olmi, *Politique agricole commune*; *supra* note 3.

20 The principle was established by the Court in the 'Cassis de Dijon' case: Case 120/78, *Rewe Zentrale v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, [1979] ECR 649, [1979] 3 CMLR 494.

21 For a brief survey of measures concerning the dairy sector, see F. Snyder, *Law of the CAP*, *supra* note 3, at 145-151.

22 On differentiation in the agricultural sector, see, e.g., Commission des Communautés européennes, *Les agricultures européennes: évolution - contraintes - perspectives* (1992); P. Le Roy, *L'avenir des agricultures françaises* (5th ed., 1991).

however, they tend to remain implicit. For this reason, as well as because of their continuing importance for the law of the CAP, it is useful to survey them briefly.

The first assumption concerns the basic goal of the CAP. The CAP is premised on the idea that its general objective is to ensure the self-sufficiency of the EC in temperate zone agricultural products. Its goal is self-sufficiency.

Second, it has usually been assumed – and now is increasingly stated – that the ideal production unit in the EC is the family farm. The ideal of the family farm does not, of course, require any particular size of production unit. Nor does it necessitate any particular combination of advanced technology and traditional agricultural techniques. But the CAP is designed, at least in principle, to encourage and strengthen the family farm. Emphasized by the Commission in the 1985 White Paper, this goal is expressly stated in the MacSharry reform proposals.

The third assumption underlying the CAP is that agriculture is a special economic sector. This special status has its legal origin in the Treaty of Rome, which gives agriculture a privileged place. Other aspects of this special status are the Treaty provisions for a common policy, special financial provisions, special exchange rates, the agricultural trading system, and the disjunction until recently between price and market policy, on the one hand, and structural policy, on the other hand.²³

Fourth, it is always been assumed that the EC agricultural sector requires economic regulation. The CAP has never excluded entirely the operation of the market. Moreover, recent reforms of the intervention system have increased the role of supply and demand in determining agricultural prices. But the CAP has essentially continued the previous pattern in continental European countries and elsewhere, including the United States and Japan, in which the State plays a central role in regulating the agricultural sector.

The fifth assumption underlying the CAP concerns the Europeanization of regulation. The Treaty of Rome provides that the common organization of agricultural markets may take the form of (a) common rules on competition, (b) compulsory co-ordination of the various national market organizations, or (c) a European market organization. In fact, the third option has always been chosen. As the European Court stated in Case 83/78 *Pigs Marketing Board v. Redmond*,

the common organization of the market in pigmeat, like the other common organizations, is based on the concept of an open market to which every producer has

23 For an analysis of this assumption and its implications, see Snyder, 'The Special Legal Status of Agriculture: Assumptions and Contradictions in Economic Law', in *New Directions*, *supra* note 7, at 100-145.

free access and the functioning of which is regulated solely by the instruments provided for by that organization.²⁴

In addition to these assumptions, the CAP is based on a number of basic principles. They may be categorized in different ways, and not all are exclusive to the CAP.²⁵ For the present purposes, we may distinguish six basic principles.²⁶

Three basic principles stem from express provisions of the Treaty. The first, stated in Article 38(1) EEC, is the inclusion of agriculture in the Community scheme. The second is that the provisions in Title II – Agriculture form to some extent an exception to general rules of the EEC Treaty: see Articles 38(2) and 42 EEC. Third, the agricultural sector throughout the EC must be governed by a common policy: Articles 3(d) and 38(4) EEC. According to Article 40(1) EEC, the six original member states were required to develop the common agricultural policy by degrees during the transitional period and to bring it into force by the end of that period at the latest. This period terminated at the end of 1969²⁷, by which time the common agricultural policy was substantially established.

Among the remaining three principles, two are expressed in the Treaty only indirectly, at least with regard to their application to the CAP as a whole. Another stems from judicial interpretation of secondary legislation. Thus, the fourth principle, that of the unity of the market, is merely implicit in Article 38(1); it is not of course exclusive to the CAP. A fifth principle is Community preference. Stated in Article 44(2) EEC with regard to the system of minimum prices during the transitional period, it was generalized by the Court of Justice in Case 5/67 *Beus*.²⁸ Finally, the principle of financial solidarity stems from Regulation 25/62 establishing the European Agricultural Guarantee and Guidance Fund, which provides that, since at the single market stage agricultural policy would be organized at Community level, 'the financial consequences thereof shall devolve upon the Community'.²⁹

24 Case 83/78, *Pigs Marketing Board v. Raymond Redmond*, [1978] ECR 2347 at 2371, Rec. 57, emphasis added.

25 A thorough discussion of the general principles of the CAP may be found in G. Olmi, *Politique agricole commune*, *supra* note 3, at 259-315.

26 The following two paragraphs are based on F. Snyder, *Law of the CAP*, *supra* note 3, at 15-16.

27 EEC Treaty, Art. 8.

28 Case 5/67, *Beus v. Hauptzollamt München*, [1968] ECR 83 at 98.

29 Council Regulation 25/62, Article 2(2), paragraph 1, JOCE (1962) 992/62.

III. CAP Objectives: A Baseline for Change

A. Article 39 EEC and Basic Judicial Guidelines

The objectives of the CAP *stricto sensu* are stated in Article 39(1), Title II, 'Agriculture', of the EEC Treaty.³⁰ They are:

- (1) to increase agricultural productivity by promoting technical progress and by ensuring the rational development of agricultural production and the optimum utilization of the factors of production, in particular labour;
- (2) thus to ensure a fair standard of living for the agricultural community, in particular by increasing the individual earnings of persons engaged in agriculture;
- (3) to stabilize markets;
- (4) to assure the availability of supplies;
- (5) to ensure that supplies reach consumers at reasonable prices.

These provisions are concerned mainly with price and market policy.

Together with these objectives, the Treaty also provides for what has become the EC's structural policy. Article 39(2) states that, in working out the policy and its application so as to achieve these objectives, three factors must be taken into account: (a) the particular nature of agricultural activity, which results from the social structure of agriculture and from structural and natural disparities between the various agricultural regions; (b) the need to effect the appropriate adjustments by degrees; and (c) the fact that in the Member States agriculture constitutes a sector closely linked with the economy as a whole.

In principle, price and market policy and structural policy should be interdependent. Article 39(1)(a) EEC, taken literally, provides that the objective of ensuring a fair standard of living for agricultural producers is to be achieved by structural changes, resulting, among other things, in an increase in agricultural productivity. This causal connection was given special emphasis by Mansholt at the 1958 Stresa Conference, but it has rarely been emphasized in EC agricultural policy until recently.³¹

The basic guidelines for interpreting Article 39(1) were laid down by the European Court of Justice. In Case 5/67 *Beus*,³² the Court held that, as the Article 39(1) objectives are disparate and potentially conflicting, they may

30 See F. Snyder, *Common Agricultural Policy*, *supra* note 3, at 1-2, 157 and references cited there.

31 For a striking illustration of the rupture between market policy and structural policy, see the Opinion of Advocate-General Caportorti in Case 114/76, *Bela-Mühle Josef Bergmann KG v. Grow-Farm GmbH and Co. KG*, [1977] ECR 1211, 1229.

32 See Case 5/67 *W. Beus GmbH & Co v. Hauptzollamt München*, [1968] ECR 83, [1968] CMLR 131.

not all be simultaneously and fully attained. Consequently, as stated by the Court in *Case 5/73 Balkan-Import-Export*,³³ the EC institutions may give any one of them temporary priority in light of economic factors or conditions. In doing so, however, they may not discriminate between producers or between consumers within the Community.³⁴ They must also, where necessary, take account, in favour of farmers, of the principle of Community preference.³⁵ However, the statement of objectives in Article 39, together with the rules in Article 40(3), second subparagraph, furnishes both the positive and negative criteria for evaluating the legality of any agricultural measure.³⁶

B. Modification by Legislation and Policy Documents

The basic Treaty objectives of the CAP have been modified in practice by the Single European Act and influenced by related Commission policy documents. The Single European Act signed in February 1986 had a direct influence on the CAP in three different ways.

For one thing, the SEA set out a framework and a deadline (not legally binding) for completing the internal market. It provided in Article 13 [now Article 8A EEC] that:

The Community shall adopt measures with the aim of progressively establishing the internal market over the period expiring on 31 December 1992...

The internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of this Treaty.

In addition, the SEA established new Community objectives, in particular concerning social cohesion, the environment and regional policy.

With regard to regional cohesion, Article 23 SEA added a new Title V to the EEC Treaty. Its Article 130a provides that:

In order to promote its overall harmonious development, the Community shall develop and pursue its actions leading to the strengthening of its economic and social cohesion. In particular the Community shall aim at reducing disparities between the various regions and the backwardness of the least-favoured regions.

33 *Case 5/73 Balkan-Import-Export GmbH v. Hauptzollamt Berlin-Packhof*, [1973] ECR 1091. See also *Joined Cases 63-69/72, Wilhelm Werhahn Hansamühle v. Council*, [1973] ECR 1229.

34 Article 40(3), para. 2 of the Treaty of Rome.

35 *Case 5/67, W. Beus GmbH v. Hauptzollamt München*, [1968] ECR 83, [1968] CMLR 131; see also *Case 72/69, Hauptzollamt Bremen-Freihafen v. Bremer Handelsgesellschaft*, [1970] ECR 427.

36 *Case 114/76, Bela-Mühle Josef Bergmann KG v. Grows-Farm GmbH and Co KG*, [1977] ECR 1211.

Article 130b provides that:

Member States shall conduct their economic policies, and shall coordinate them, in such a way as, in addition, to attain the objectives set out in Article 130a. The implementation of the common policies and of the internal market shall take into account the objectives set out in Article 130a and in Article 130c and shall contribute to their achievement. The Community shall support the achievement of these objectives by the action it takes through the structural Funds (European Agricultural Guidance and Guarantee Fund, Guidance Section, European Social Fund, European Regional Development Fund) the European Investment Bank and the other existing financial instruments.

Article 130d provides that:

Once the Single European Act enters into force the Commission shall submit a comprehensive proposal to the Council, the purpose of which will be to make such amendments to the structure and operational rules of the existing structural Funds (European Agricultural Guidance and Guarantee Fund, Guidance Section, European Social Fund, European Regional Development Fund) as are necessary to clarify and rationalize their tasks in order to contribute to the achievement of the objectives set out in Article 130a and Article 130c, to increase their efficiency and to coordinate their activities between themselves and with the operations of the existing financial instruments. The Council shall act unanimously on this proposal within a period of one year, after consulting the European Parliament and the Economic and Social Committee.

Legislation revising the financing of agricultural structures policy was enacted in 1988.³⁷

With regard to the environment, Article 25 SEA added a new Title VII to the EEC Treaty. Within this Title Article 130r provides that:

Action by the Community relating to the environment shall have the following objectives: to preserve, protect and improve the quality of the environment; to contribute towards protecting human health; [and] to ensure a prudent and rational utilization of natural resources.

37 Council Regulation (EEC) 2052/88 on the tasks of the Structural Funds and their effectiveness and on coordination of their activities between themselves and with the operations of the European Investment Bank and the other existing financial instruments (OJ 1988 L 185/1); Council Regulation (EEC) 4253/88 laying down provisions for implementing Regulation (EEC) 2052/88 as regards coordination of the activities of the different Structural Funds between themselves and with the operations of the European Investment Bank and the other existing financial instruments (OJ 1988 L 374/1); Council Regulation 4256/88 laying down provisions for implementing Regulation (EEC) 2052/88 as regards the EAGGF Guidance Section (OJ 1988 L 374/25). See also Commission Notice C(88) 2510 to the Member States on monitoring compliance with public procurement rules in the case of projects and programmes financed by the Structural Funds and financial instruments (OJ 1989 C 22/3).

Its second paragraph provides, *inter alia*, that:

Action by the Community relating to the environment shall be based on the principle that preventative action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source, and that the polluter should pay. Environmental protection requirements shall be a component of the Community's other policies.

With regard to regional disparities, the SEA's Article 15 provides for a new Article 8c EEC, which states that:

When drawing up its proposals with a view to achieving these objectives, the Commission shall take into account the extent of the effort that certain economies showing differences in development will have to sustain during the period of establishment of the internal market and it may propose appropriate provisions. If these provisions take the form of derogations, they must be of a temporary nature and must cause the least possible disturbance to the functioning of the common market.

These provisions of the SEA had the effect in practice, though not always in law, and not always consistently, of amending the initial CAP objectives.

Finally, the SEA provided for new decision making procedures, in particular with regard to voting requirements and legislative procedure. Article 100a provides *inter alia*, that, by way of derogation from Article 100 EEC, that the Council shall act, on a qualified majority and following the co-operation procedure, to adopt measures for completing the internal market within the meaning of Article 8a. This provision was designed to facilitate the enactment of internal market legislation and also to increase the power of the European Parliament. In practice, it also had the effect of giving greater prominence to Article 190 EEC, which requires that all Community acts state the reasons on which they are based.³⁸ Such reasons must include the legal basis, the Treaty provision which forms the basis for the legislation in question. With regard to the CAP, as will be seen, the statement of a legal basis required the EC legislator to delimit the scope of the CAP, the extent to which agriculture was a special sector and hence the relationship between the CAP and the SEM.

Both before and after the SEA, the Commission outlined in three policy documents the role which it envisaged for agriculture in the internal market. These documents are not sufficiently normative to be considered as 'soft law', a type of measure which is increasingly used by the Commission to

38 A useful review up to 1988 may be found in Bradley, 'The European Court and the Legal Basis of Community Legislation', 13 *ELR* (1988) 379.

improve the effectiveness of EC law.³⁹ Nevertheless, they have had a substantial effect in confirming or proposing certain directions of agricultural policy.

On 28-29 June 1985 the Commission presented to the European Council in Milan on June its White Paper on 'Completing the Internal Market'.⁴⁰ Few of its proposed measures dealt specifically with agriculture. This was doubtless due, at least in part, to the fact that the White Paper concentrated on goals to be achieved, whereas the CAP was already in place as a long-established policy. With regard to physical barriers, however, the Commission envisaged a further development of the CAP to remove certain mechanisms applying to trade in agricultural products requiring controls at internal frontiers (e.g., Article 46 countervailing charges). It also proposed to set up common market organizations for products not yet covered and to adapt existing organizations.⁴¹

In 1987, following the adoption of the SEA, the Commission published a further Communication to the Council. It was entitled *The Single Act: A New Frontier for Europe*.⁴² This document gave agriculture a prominent place. The Commission called for a CAP adapted to the world economic context. The basic principles of Community preference, a single market and financial solidarity were to be retained, but a greater role was to be given to the market mechanism. Small farmers, however, required special measures, such as a supplementary EC mechanism for supporting incomes. In a popularized variant of this document published by the Spokesman's Service,⁴³ the Commission emphasized that European agriculture was, and should continue to be, based on the family farm. It also called for a reform of the structural funds and for more effective means to control surplus production. Consequently, in presenting the Commission's work programme for 1987, Commission President Jacques Delors called for further readjustment of the CAP. This was to involve the separation of market support and income

39 See F. Snyder, 'The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Tools and Techniques', Public Lecture given at the European University Institute, Florence, 10 February 1992. For a general discussion of EC 'soft law', see Wellens and Borchardt, 'Soft Law in European Community Law', 14 *ELR* (1989) 267.

40 COM(85) 310 final, 14 June 1985.

41 COM(85) 310 final, 14 June 1985, para 38. For recent surveys of enacted and proposed legislation within this framework, see Snyder, 'Current Developments: European Community Law: I. Agriculture, Environment and Fisheries', 39 *ICLQ* (1990) 218, 40 *ICLQ* (1991) 726.

42 COM(87) 100; also published in 1 *Bull. EC Suppl.* (1987).

43 Spokesman's Service, 'Making a Success of the Single Act: A New Frontier for Europe' (June 1987).

support, which previously had been joined, as well as the establishment of complementary income support measures at EC level.⁴⁴

These views also underlay the Commission's 1988 'Rural World' document.⁴⁵ In this document the Commission situated the CAP in the broader context of rural policy and rural development. It identified three underlying considerations which needed to be taken into account: economic and social cohesion; the unavoidable adjustment of farming to market conditions; and environmental protection and conservation. Consequently it proposed the diversification of structural support measures, increased attention to regional and local conditions, greater economic integration of agriculture and the development of a policy relating to the quality of products.⁴⁶

IV. Reinterpretation of the CAP Objectives

A. Judicial Reinterpretation

In conjunction with the modification of the original CAP objectives, both the European Court of Justice and the Commission have begun gradually to reinterpret the CAP objectives, and thus to give shape to the role of the CAP in the SEM. We may focus first on the European Court.

The leading case for this purpose is the well-known '*First Hormones*' judgment.⁴⁷ It concerned Council Directive 85/649, prohibiting the use in livestock farming of certain substances having a hormonal action. In this case the Court of Justice stated that:

agricultural policy objectives must be conceived in such a manner as to enable the Community institutions to carry out their duties in the light of developments in agriculture and in the economy as a whole.⁴⁸

Consequently, it held that, taken as a whole, Article 43 EEC is the appropriate legal basis for any legislation concerning the production and marketing of agricultural products listed in Annex II of the Treaty, so long as the legislation contributes to the achievement of one or more of the CAP objec-

44 See 'Programme of the Commission for 1987', Address by Jacques Delors, President of the Commission, to the European Parliament, Strasbourg, 18 February 1987, 1 *Bull. EC* (1987) 36, 36-37.

45 Commission of the European Communities, 'The Future of Rural Society' (Commission Communication transmitted to the Council and to the European Parliament on 29 July 1988), COM(88) 371 final (1988); also published in 4 *Bull. EC Suppl.* (1988).

46 See also Commission of the European Communities, Communication on the Free Movement of Foodstuffs, COM(89) 258 final (1989).

47 Case 68/86, [1988] ECR 855, [1988] 2 CMLR 543. A similar Case 131/86, *United Kingdom v. Council*, [1988] ECR 905, [1988] 2 CMLR 519 concerned Council Directive 86/113 on minimum standards for the protection of laying hens kept in battery cages.

48 Case 68/86, *United Kingdom v. Council*, [1988] ECR 855, Rec. 10.

tives set out in Article 39 EEC. Though annulling the contested directive on other grounds, the Court stated that specific agricultural rules took precedence over general Treaty rules.⁴⁹

In this case, the European Court was understandably reluctant to substitute its judgment for that of the Council with regard to the relationship between the CAP and other EC policies. The result may be subject to criticism, in particular because, it may be suggested, instead of being based on this ground, the decision may have been influenced substantially by the potentially deleterious effect which a contrary decision might have had on decision-making procedures with regard to future internal market legislation.⁵⁰ Nevertheless, at least in retrospect, the judgment has permitted the EC institutions, taken as a whole, to begin to define more clearly than was previously the case the specific role of the CAP in the SEM.

The strategy of the Commission will be examined in relation to the MacSharry proposals. The emerging strategy of the Court, however, may be seen in two recent cases, in which the ECJ has taken an increasingly broad view of the Article 39 objectives.

The '*Second Hormones*' case,⁵¹ concerned a re-enacted version of the directive on beef cattle growth promoters which had been annulled, on procedural grounds, in the '*First Hormones*' case. An association of manufacturers, producers and distributors of veterinary medicines or associations in the field of animal health, which carried on their activities throughout Europe and the United States, together with a veterinarian and a farmer, brought an action in a United Kingdom court. They challenged the validity of the Medicines (Hormone Growth Promoters) (Prohibition of Use) Regulations 1988, which implemented, in part, Directive 88/146, on the ground that the Directive was invalid. They argued, *inter alia*, that, first, the directive was incompatible with the objectives of Article 39 EEC and, secondly, that the directive was in fact intended to reduce beef production, an objective which could be properly pursued only on the basis of Article 100 EEC.

The Court held that, on the one hand, in regulating conditions for meat production and marketing, the Directive came within the category of measures provided for by the common organizations of the market and thus

49 In both the 'first hormones' and the 'battery hens' cases the European Court referred to Case 83/78, *Pigs Marketing Board v. Redmond*, [1978] ECR 2347 and Case 177/78, *Pigs and Bacon Commission v. McCarren*, [1979] ECR 2161.

50 This paragraph is concerned only with the question of the legal basis. The contested directive was annulled on another ground, namely that it was adopted in breach of the Council Rules of Procedure.

51 Case C-331/88, *R. v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Federation Europeenne de la Sante Animale (FEDESA)*, [1991] 1 CMLR 507.

contributed to the achievement of the Article 39 objectives. On the other hand, it held that:

although ... the possibility of a reduction in surpluses was indeed taken into consideration during the process leading to the adoption of the directive, it does not follow that such a reduction, which is not cited in the preamble to the directive as one of the objectives pursued, was in fact the exclusive or main purpose of the rules adopted.⁵²

It continued by reciting the Article 39 objective of market stabilization and the broad conception of the CAP objectives 'floated' in the *'First Hormones'* case. The Court concluded that, in the light of these considerations, 'the reduction of agricultural production surpluses cannot be said to be foreign to the objectives of the common agricultural policy'.⁵³

More recently, Case 131/87⁵⁴ concerned trade in animal glands, principally as raw material for EC-based pharmaceutical companies. The Court reaffirmed its earlier decisions in Case 68/86 *'First Hormones'* and Case 131/86 *'Battery Hens'* to the effect that Article 43 was the proper legal basis for legislation directed both to objectives of agricultural policy and to other objectives. The basic questions in determining the appropriate legal basis were 'whether or not the products concerned ... fall under Annex II of the Treaty' and 'whether or not [the legislative measure in question] contributes to the achievement of one or more of the objectives of the common agricultural policy'.⁵⁵ In the Court's view, it followed from *'First Hormones'* and *'Battery Hens'* that satisfaction of these two requirements sufficed to link the legislation in question to the sphere of agriculture and thus to Article 43.⁵⁶ Accordingly the Court concluded that measures adopted on the basis of Article 43 may pursue harmonization objectives or affect imports and exports of agricultural goods without being required (or without it being legally permissible) to be adopted on the basis of either Article 100 EEC or Article 113 EEC.

Consequently, the Court in *Animal Glands* concluded that the objectives of the CAP stated in Article 39 EEC included the making available of agricultural products for non-food industries such as the pharmaceutical industry. This contributed to assuring the availability of supplies and ensuring that supplies reach consumers at reasonable prices.⁵⁷ The ECJ considered that:

52 [1991] 1 CMLR 507 at 534, Rec. 25.

53 [1991] 1 CMLR 507 at 535, Rec. 27.

54 Case 131/87, *Re Trade in Animal Glands: Commission v. Council*, [1991] CMLR 780.

55 [1991] 1 CMLR 780 at 797-797, Rec. 12.

56 [1991] 1 CMLR 780 at 798, Rec. 13.

57 [1991] 1 CMLR 780 at 799, Rec. 23.

supplying the demands of industry should not be excluded from those objectives. There is nothing in Article 39 to justify such an exclusion and, moreover, many agricultural products are subjected to industrial processing. It would be quite arbitrary to exclude them on that ground from the sphere of the common agricultural policy.⁵⁸

This broad interpretation was based partly on the Opinion of Advocate-General Lenz. The Advocate-General referred to the fact that:

the Kingdom of the Netherlands made the fundamental point, with which I concur, that provisions on the agricultural policy were to be broadly construed because they were part of the 'foundations of the Community'.⁵⁹

If one takes an analytic view of the EC institutions, it may be suggested that this broad reading of the express Treaty objectives of the CAP represents a judicial strategy for integrating the CAP more closely into the SEM. This strategy is not necessarily programmatic or even explicit. It consists of broadening the CAP from within, that is, by incorporating within the CAP not simply agri-business or even agri-food firms downstream from agricultural producers, but also firms outside the food and agricultural sector which use as their raw materials products that are classified by EC law as agricultural products. For this reason the strategy is one of 'dilution'. It continues to treat 'agriculture' as a special sector, and uses a special legal basis for this purpose, but it broadens substantially the definition of the CAP.

It is instructive to compare this strategy to two possible alternatives. One is a strategy of 'integration'. It consists of minimizing the extent to which agriculture represents a special sector in EC law. Such a strategy might involve systematic recourse to Articles 100 or 100a instead of Article 43 EEC as the legal basis of legislation whenever possible. It would tend to incorporate agriculture into the general Treaty provisions concerning economic integration. This latter strategy has been followed by the Court in the *Titanium Dioxide* case concerning environmental protection.⁶⁰ This case involved Articles 100a and 130s EEC. Article 130s is not a *lex specialis* in the same sense as Article 43 EEC, and the Court reached its decision essentially on institutional grounds, namely that recourse to Article 100a as the legal basis, thus requiring the co-operation procedure, maximized the role of the European Parliament. This reasoning could of course apply, *mutatis mutandis*, with regard to Article 43 EEC.

Another strategy would restrict the scope of the CAP to agricultural producers narrowly defined, for example so as to exclude agri-business.

58 [1991] 1 CMLR 780 at 799, Rec. 24.

59 [1991] 1 CMLR 780 at 793.

60 Case C-300/89, *Commission v. Council (Titanium Dioxide)*, judgment of 11 June 1991, not yet reported; noted by Somsen in 29 *CML Rev.* (1992) 140.

Though maintaining Article 43 EEC as the legal basis of agricultural legislation, it would interpret this provision restrictively rather than broadly. This strategy was adopted by the Commission with regard to at least one structural policy measure. In Case 312/85 *Villa Banfi*⁶¹ it was rejected by the Court.⁶² Subsequently, however, the Commission amended the legislation in question so as to authorize Member States to restrict the application of the particular investment aid scheme to family farms.⁶³ This instance concerned structural policy, with respect to which it might cogently be argued that a narrow interpretation of the CAP was desirable or at least permissible. Such an argument would however be more difficult to make with regard to price and market policy.

The ECJ strategy in *Animal Glands* uses a very elastic concept of 'agriculture'. However, it maintains Article 43 as the legal basis of agricultural legislation. Such a strategy is consistent with two principal aspects of the development of the CAP, namely its economic context and its legal form. On the one hand, by giving the CAP a broad interpretation, this strategy is, for better or worse, consistent with the increasing internationalization and integration of the food and agricultural economy. On the other hand, by retaining Article 43 EEC, one of the special agricultural provisions of the Treaty, as the legal basis for agricultural legislation, it is consistent with the original structure of the Treaty. By this strategy, it may be suggested, an apparently fixed legal framework is made to accommodate the transformation of social and economic relations.⁶⁴

B. The Commission's Reform Proposals

Independently of the European Court's case law, but inevitably influenced by it, the Commission has begun to elaborate a different strategy for integrating the CAP in the SEM. This strategy involves the legislative reformulation of the CAP objectives. By virtue of the Commission's role in the EC system, this reformulation takes the form in the first instance of background papers and legislative proposals. It remains of course subject to eventual approval and enactment by the Council.

61 Case 312/85, *Villa Banfi SpA v. Regione Toscana and Others*, [1986] ECR 4039, at 4055 [1988] CMLR 22 at 81.

62 Cf. Case 312/85, *Villa Banfi SpA v. Regione Toscana*, [1986] ECR 4039, [1988] CMLR 72.

63 See Regulation 797/85, Article 2(2) as amended by Regulation 1137/88 (OJ 1988 L 108/1). It has been suggested that this amendment was intended to undermine the Court's decision: see H. Takahashi, 'Framing Socio-Structural Policies in Agriculture: The Role of Community Law' (Research Report, Faculty of Laws, University College London, 1989-90) 76.

64 For a similar argument in another context, see K. Renner, *The Institutions of Private Law and their Social Functions* (1976).

The Commission's reformulation of CAP objectives is a logical development of previous CAP reforms.⁶⁵ At the 1988 Brussels summit the European Council agreed on a range of measures to stabilize agricultural markets and strengthen structural policy. In addition to improving budgetary discipline⁶⁶ and increasing the structural funds,⁶⁷ these measures included agricultural stabilizers to curb surplus production.⁶⁸ Though specific to each product, the stabilizers were based on the principle of automatic price cuts once certain output thresholds were exceeded.⁶⁹

Subsequently a variety of structural policy measures were enacted.⁷⁰ A set-aside scheme, in which previously worked land is not used, was introduced. Application of the scheme was compulsory for Member States but optional for farmers. To qualify for financial aid, a producer was required to withdraw from production at least 20% of its arable land for at least five years; the land could be left fallow, wooded or used for non-agricultural purposes. Alternatively, output could be reduced by at least 20% for at least five years or production converted towards non-surplus products.⁷¹ A scheme was also established to encourage elderly farmers to leave the land. Unlike previous early retirement schemes,⁷² it linked early retirement to non-use of the land.⁷³ The EC also introduced an innovative and more controversial measure in the form of direct income aids.⁷⁴ Optional for Member States, it was designed to cushion the impact of current changes in

65 On previous reforms and a comparison with the United States, see H.W. Moyer and T.E. Josling, *Agricultural Policy Reform: Politics and Process in the EC and USA* (1990)

66 See Council Decision 88/377, OJ 1988 L 185/29.

67 See Council Regulation 2052/88 OJ 1988 L 185/1. See also Lowe, 'The Reform of the Community's Structural Funds', 25 *CML Rev.* (1988) 503.

68 See Avery, 'Agricultural Policy: The Conclusions of the European Council', 25 *CML Rev.* (1988) 523.

69 An example concerning cereals is Council Regulation 1097/88, OJ 1988 L 110/7.

70 These measures were not entirely novel. Similar earlier measures included Council Regulation 797/85 (OJ 1985 L 93/1) providing for aids to reorient supply to demand or to protect the environment and Council Regulation 1760/87 (OJ 1987 L 167/1), the 'extensification' regulation designed to encourage less intensive land use or the production of non-surplus products.

71 Council Regulation 1094/88, OJ 1988 L 106/28; Commission Regulation 1272/88, OJ 1988 L 121/36. Implementing rules were provided in Commission Regulation 1272/88 OJ 1988 L 121/36. The criteria by which certain regions may be exempted from the scheme were provided in Commission Regulation 1273/88, OJ 1988 L 121/41. As to the operation of the scheme, see Commission, 'Report on the Application of the Community Scheme for the Set-Aside of Arable Land and Proposal for a Council Regulation', COM(89) 353 final (Brussels, 12 September 1989).

72 Council Directive 72/160, OJ 1972 L 96/9.

73 Council Regulation 1096/88, OJ 1988 L 110/1. The previously existing possibility of transferring the land to an active farmer was ended by Council Regulation 3809/89, OJ 1989 L 371/1.

74 Council Regulation 768/89, OJ 1989 L 84/8. Implementing rules are laid down in Commission Regulation 3813/89, OJ 1989 L 371/17, as amended by Commission Regulation 1279/90 OJ 1990 L 126/20.

agricultural policy for 'main occupation' farmers which, though threatened, were potentially viable. Income aids were to be co-financed by the Community and the Member State, had to be degressive and paid for a minimum of five years, and could not stimulate agricultural production or distort competition. These various structural reforms were consolidated in a single regulation in July 1991.⁷⁵

On 31 January 1991 the Commission approved the guidelines for achieving a fundamental reform in the CAP which were presented by Mr Ray MacSharry, the Commissioner for Agriculture and Rural Development.⁷⁶ The MacSharry proposals recognized that the CAP was created when Europe had a food deficit. Though adequate in this context, the productivist orientation of the CAP was no longer suitable to current conditions, especially in view of the increasing serious conflicts involving agricultural trade between the EC and its major trading partners, particularly the United States.⁷⁷ The proposals were a response to four major problems: (a) an increase in surplus production, despite existing control measures, and hence increasing stocks and more exports to a stagnant world market; (b) failure of the CAP to increase farm incomes despite increased expenditure, and continuing decline in the agricultural population;⁷⁸ (c) an increase in environmental problems due to intensive agriculture, which is encouraged by linking support to the amount produced; and (d) the escalation of budgetary costs.

The basic problem identified by the Reflections Paper was that financial support under the CAP was essentially proportionate to the quantity produced, thus providing a permanent incentive to greater production and further intensification. Not only was this problem ignored by previous reform proposals. Recent measures to control production were also not working

75 Council Regulation 2328/91 on improving the efficiency of agricultural structures, OJ 1991 L 218/1.

76 Commission of the European Communities, 'Communication of the Commission to the Council on the Development and Future of the CAP', COM(91) 100 (1991) (hereinafter referred to as 'Reflections Paper'). See also the accompanying 'Press Notice' dated 1 February 1991 (Brussels); (1991) 1/2 *Bull.EC* point 1.2.131. The basic documents are also available in Communautés européennes, 'Evolution et avenir de la politique agricole commune: document établi sur la base des documents COM(91) 100 et COM(91) 258 (1992)'.

77 As of the time of writing, the EC has not yet been able to reach agreement regarding agricultural trade reforms with its major trading partners in the Uruguay Round.

78 According to the MacSharry report, '6 per cent of cereals producers account for 50 per cent of the surface area for cereals and 60 per cent of the production, 15 per cent of dairy farmers produce 50 per cent of the Community's milk, and 10 per cent of beef farms have 50 per cent of beef cattle'. As a result, income support concentrates the greater part of support on the largest and the most intensive farms: '80% of support goes to the 20% of farms which account for the greater part of agricultural land', and '[t]he existing system does not take adequate account of the income of the vast majority of small and medium size family farms' (p. 2).

satisfactorily or at all. The report concluded that the contrast between a growing budget and the effect on agricultural incomes:

shows clearly that the mechanisms of the CAP as currently applied are no longer in a position to attain certain objectives prescribed for the agricultural policy under Article 39 of the Treaty of Rome, namely to ensure a fair standard of living for the agricultural community, stabilize markets, ensure reasonable prices to consumers, take account of the social structure of agriculture and of the structural and natural disparities between the various agricultural regions.⁷⁹

This phrasing indicates the way in which the Commission is beginning to redefine the CAP. We may grasp this reformulation more clearly by focussing on the ways in which the Reflections Paper and the Commission's accompanying 'Press Notice' present the assumptions, principles and objectives of the CAP.

The assumptions underlying these documents are four-fold. First, the production units which compose the EC agricultural sector are highly unequal. Second, the legal framework should recognize this inequality and aim to correct it. Recourse to formal equality would involve treating unequal units equally, but this has simply accentuated existing inequalities. Instead, the law should now aim for substantive equality. Third, and consequently, though agriculture remains a special sector, its special status in the sense of being partially shielded from the market is to be attenuated. Instead of relying for their income partly on CAP price support, the larger and more developed farmers should rely more or less exclusively on the market. Fourth, the CAP should be expressly a 'social' policy, aiming to protect the economic and social position of the greatest number of EC farmers.

The basic principles of the CAP, according to the 'Reflections Paper', are the unity of the market, Community preference and financial solidarity. The last, however, has in the view of the authors of the Paper not been 'applied as originally intended'.⁸⁰ According to the Reflections Paper, financial solidarity means 'real financial solidarity in favour of those in greatest need'. It implies a redistributive policy, involving a better distribution of financial support taking account of the individual and regional difficulties. It also requires that environmental factors, as well as production, be taken into account. On this view, financial solidarity does not refer simply to the sharing of responsibility for paying for the CAP among the Member States. It also encompasses substantive criteria for the application of this principle, and in particular for allocating financial resources among potential recipients.

79 'Reflections Paper', *supra* note 76, at 3.

80 'Reflections Paper', *ibid.*, at 12.

This conception of the CAP also involves a reinterpretation of its objectives. According to the Press Notice, the basic objective of the MacSharry proposals is 'to reorientate the CAP socially and economically so as to enable a sufficient number of family farms to remain on the land and thereby preserve the natural environment and contribute to rural development'. This general objective of agricultural policy entails a reinterpretation of the legal expression of CAP objectives, originally stated in Article 39 EEC.

First, as already noted, Article 39 is to be read as a whole. The objectives of the CAP, *stricto sensu*, are usually considered to be stated in Article 39(1). The Reflections Paper, however, inserts into this list the last two structural considerations from Article 39(2) or, better, it reads the two parts of Article 39 together. The list of CAP objectives thus includes not simply Article 39(1) but also the factors, mainly concerned with structural policy, listed in Article 39(2). Second, the Reflections Paper seeks to counter the criticism that differentiation of support according to the size of holdings would be discriminatory. It states that the aim of 'correcting inequalities by supporting those who derive fewer advantages from the market organizations ... is reflected in Article 39 of the Treaty'.⁸¹ According to the Reflections Paper, such a policy is not discriminatory, contrary to Article 40(3), second paragraph. Instead, it is the current common organizations of the market, providing the same price per unit of production to all producers regardless of their production costs, which are discriminatory. This is a substantive, rather than formal, conception of discrimination. Third, the Reflections Paper does not refer expressly to Article 130r(2) EEC, which provided that environmental protection requirements shall be a component of the Community's other policies. Nevertheless, it clearly considers the protection of the environment to be a central CAP objective.

The Commission's strategy for integrating the CAP into the SEM thus involves a fundamental reinterpretation of the CAP's assumptions, principles and objectives. It is essentially a strategy of social regulation, involving a particular combination of the market mechanism and the Europeanization of social regulation.⁸² If it is to succeed, both in its own terms and as a means of reforming the CAP, it will necessarily have to be adopted in legislative form. Not surprisingly, the MacSharry proposals met with serious opposition.⁸³ Nevertheless, by mid-1992 the Commission's reinterpretation of the CAP had, despite Italy's objection, been partly ac-

81 'Reflections Paper', *ibid.*, at 16.

82 For a general discussion of the Europeanization of social regulation, see R. Dehousse, 'Integration v. Regulation? Social Regulation in the European Community', EUI Working Paper Law No. 92/23.

83 See Commission Spokesman's Service, *Revue de Presse*, No. 5, 8.2.91.; No. 6, 12.2.91; Roger, 'Nouveau cap pour la Pac?', 102 *La lettre de Solagral* (1991) 4-5.

cepted by the Agricultural Council. At the time of writing it remains however to be enacted in legislative form.⁸⁴

VI. Conclusions

This paper has attempted to address two related questions. To what extent is the CAP compatible with the SEM? What strategies are now being developed by the European Court of Justice and the Commission to integrate the CAP into the SEM? The preceding discussion points to several conclusions.

First, it is possible to identify at least three general questions regarding the relationship between the CAP and the SEM. (a) To what extent are the CAP objectives expressed in Article 39(1) still relevant today, and to what extent do they constitute an exhaustive list of the objectives of EC agricultural policy? (b) To what extent are the assumptions expressed in Article 39(2) concerning the special nature of agriculture still relevant today? (c) What should be the relationship between the the legal basis of CAP legislation and the legal basis of legislation for completing the internal market?

The preceding discussion has suggested that the Article 39(1) objectives remain relevant but they do not constitute an exhaustive list of the objectives of the CAP. Moreover, the assumptions expressed in Article 39(2) are relevant only to part (but probably the major part) of Europe's farmers, a fact which is increasingly recognized in Commission policy-making and political debate. Furthermore, the question of legal basis involves more than simply the determination of the scope of the CAP. It also concerns the division of powers between the EC and the Member States, the interrelationship among EC institutions, choice of legislative procedure and voting requirements. It may be suggested that with regard to none of these points is EC law as it currently stands sufficiently clear, nor is it determinative. Consequently, even leaving aside questions of legislative drafting or judicial interpretation, the EC institutions retain substantial discretion in making agricultural policy and in adjusting the CAP to the SEM.

Second, the CAP is a product of history, based on implicit assumptions and crystallizing various interests. Since the early 1960s, however, many of

84 On the processes of negotiation of agricultural legislation, see F. Snyder, *New Directions*, *supra* note 7; H.W. Moyer and T.E. Josling, *Agricultural Policy Reform: Politics and Process in the EC and USA* (1990); Wallace, 'The Best is the Enemy of the "Could": Bargaining in the European Community', in S. Tarditi, K.J. Thomson, P. Pierani and E. Croci-Angelini (eds), *Agricultural Trade Liberalization and the European Community* (1989) 193-206; Swinbank, 'The Common Agricultural Policy and the Politics of European Decision Making', 27 *JCMS* (1989) 303; N. Nugent, *The Government and Politics of the European Community* (1989) 279-303.

the CAP's basic assumptions have been eroded, and the configuration of interests which originally sustained the CAP has irrevocably changed. In addition, the objectives and instruments of the CAP are currently being re-appraised. This re-appraisal coincides with major changes in the EC as a whole, stimulated in particular by the Commission's 1985 White Paper and the Single European Act, and culminating in the Maastricht Treaty on European Union. As a result of these various factors, the evolution of the CAP has tended to converge in many respects, though not entirely, with that of the EC and the SEM as a whole.

Third, today as in the past, the CAP represents merely one type of economic law in the EC's mixed economy. Except within very broad limits, the EC's basic treaties do not require or predetermine any particular type of economic order.⁸⁵ The EC's 'economic constitution' is relatively open and flexible. Within its broad legal provisions, a range of choices with regard to economic policies is possible. The basic determinants of these choices thus are political and economic rather than legal, though law plays a role in structuring, channelling and legitimating the processes of decision-making and their results. Consequently, the legal framework of the founding treaties is capable of encompassing different types of agricultural policy, which may take various organizational forms and employ a variety of legal instruments.⁸⁶ They include the past, present and proposed future CAP. Contrary to superficial appearances, therefore, the CAP – past, present or now proposed – is in general terms entirely consistent with the SEM.⁸⁷

Fourth, both the European Court of Justice and the Commission are currently elaborating institutional strategies which tend to integrate the CAP more closely into the SEM. The strategy being developed by the European Court is, by virtue of the judicial role, almost necessarily more ad hoc, less systematic and usually implicit. It involves expanding the scope of the CAP. This process entails the inclusion within the scope of the CAP of enterprises which are not necessarily agricultural or food producers, but which nevertheless meet certain criteria, in particular the use of products that are classified as agricultural according to EC law. This strategy of 'dilution' is

85 For further discussion of this point, see Constantinesco, 'La constitution économique de la C.E.E.', 13 *RTDE* (1977) 244-281, esp. at 277-278, and the following articles in J. Duthiel de la Rochere and J. Vandamme (eds), *Interventions publiques et droit communautaire* (1988): Mertens de Wilmars, 'Reflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne', esp. at 26-30, and Vandamme, 'L'action des entreprises publiques dans l'économie des états (marchés publics, monopoles commerciaux, nationalisations et concept de "sécurité publique")', esp. at 103-104. See also F. Snyder (ed.), *European Community Law*, Vol. 2 (in press, 1993).

86 See for example Article 40(2), 2nd paragraph of the Treaty of Rome.

87 This view is substantially identical to that which I expressed in 1985: see F. Snyder, *Law of the CAP*, *supra* note 3, at 105. Here I am concerned with the general characteristics of the CAP, not with the extent to which specific legislation or detailed arrangements in the agricultural sector may be compatible with the SEM.

oriented less towards agricultural policy in the classic sense than towards economic integration. It is important to note, however, that the expression 'economic integration' should be understood here in two different senses. On the one hand, it refers to the unification of the market in agricultural products. On the other hand, it connotes the integration of the different segments in the food and agricultural economy. To this extent, it may be suggested, this strategy tends to encourage the internationalization of the food and agricultural economy, if for no other reason than that it tends to increase access to the legal and other benefits of the CAP to large firms upstream or downstream from agricultural producers.

In contrast, the strategy of the Commission is more directly concerned with the classic aims of agricultural policy, namely management of the supply and demand for agricultural products and support for farmers' incomes. By virtue of the Commission's institutional role in the EC system, this strategy is partly prospective, perhaps eventually legislative, and in any event subject in practice to negotiation and enactment by the Council. As represented in the MacSharry Reflections Paper, it involves a bifurcation of the current CAP. It recognizes expressly the dualist character of contemporary EC agriculture. It adapts the economic instruments and legal measures to this conception of economic reality, which differs fundamentally from that on which the European Court's strategy is premised. Though the Commission's strategy entails a greater use of the market mechanism than was previously the case within the CAP, it is also oriented more overtly towards social regulation and redistribution. Thus it permits the market to operate more or less freely among larger, more efficient units, while it elaborates a European form of social regulation with regard to smaller, more marginal farms.

Finally, these remarks should suffice to suggest that the lens which we lawyers habitually use to view the food and agricultural economy remains out of focus. This paper has tried to bring together a number of elements which might help us to reconsider our frame of reference. In particular, while considering the elaboration of legal doctrine concerning the CAP, and examining certain issues of more general significance for EC law and institutions, it has also aimed to lay the initial foundation for a rather complex argument. This argument involves three levels of analysis: the level of the society as a whole (societal level), the level of organizations (organizational level), and the level of individuals (individual level). Though requiring further development, it may be sketched in outline as follows.

At the societal level of analysis, the most important process affecting the creation and evolution of the CAP has been the internationalization of the food and agricultural economy. This process has dramatically altered the food and agricultural economy, particularly since the Second World

War. The law of the Common Agricultural Policy since 1958 has been conditioned and shaped by these changes and to some extent reflected them. To some extent, however, it has also been relatively autonomous from the process of internationalization. As lawyers, policy-makers and law teachers, we need to come to grips with this process as it relates to the law of the CAP, both to understand the potential directions of change and also to grasp the likely limits of law in channelling it.

With regard to the organizational level, the development and dynamics of new organizational forms have deeply affected the ways in which we produce, distribute and consume our food. Of special importance among these organizations are multinational companies, large-scale agricultural organizations, the welfare state and the EC institutions. In fact it is feasible to envisage the CAP as being in some respects a corporatist arrangement involving these organizations.⁸⁸ This arrangement provides opportunities for reforming the CAP, but at the same time it conditions or limits possible future developments.

If one considers the individual level of analysis, the 1980s were the decade of possessive individualism. Farming was (or may have been) previously thought of as an occupation the members of which formed a cohesive group. In fact, it has become increasingly clear that today, at least, it consists of very diverse forms and units of production, which necessarily involve conflicting interests and ideologies. It also has become evident that basic reforms in the CAP are necessary, and that we, as individuals, must decide what kind of food and agricultural economy we want in the European Community. As a basis for the CAP of the future, the philosophy of possessive individualism, however, is inadequate. In making the decisions regarding legal reforms of the CAP, we must act not as atomistic, self-seeking individuals but instead as people knit together by numerous bonds of social solidarity in a rapidly changing European and international society.

88 The European Court of Justice must of course be excepted from this generalization.

Index of Decisions of Transnational Courts

A. Opinions and Judgments of the European Court of Justice (arranged by case number)

Opinion 1/75, Local Costs; **135; 137; 155**

Opinion 1/76, Laying-up fund; **156**

Case 8/55, Fédéchar; **72**

Case 9/56, Meroni; **124**

Joined Cases 1 and 14/57, Usines à Tubes de la Sarre v. High Authority;
86; 125

Joined Cases 15 and 29/59, Kuntange v. High Authority; **81**

Joined Cases 43, 45 and 48/59, Lachmüller; **84**

Case 6/60, Humblet; **134; 295**

Joined Cases 9 and 12/60, Vloeberghs; **47**

Case 13/61, Bosch; **247**

Case 23/62, Commission v. Germany; **60**

Case 24/62, Germany v. Commission; **83**

Case 26/62, Van Gend en Loos; **98; 107; 114**

Joined Cases 29, 31, 36, 39-47, 50 and 51/63, Usines de la Providence v.
High Authority; **76; 81; 87**

Joined Cases 94 and 96/63, Bernusset; **84**

Case 6/64, Costa c. ENEL; **114; 116; 132**

Case 5/67, Beus v. HZA München; **60; 83; 319**

Case 17/68, Reinartz; **85**

Joined Cases 19, 20, 25 and 30/69, Richez-Parise; **78; 81; 87**

Case 55/69, Cassella; **60**

Case 72/69, HZA Bremer-Freihafen v. Bremer Handelsgesellschaft; **320**

Case 9/70, Grad v. Finanzamt Traunstein; **101**

Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft; **119**

Case 22/70, ERTA; **155**

Case 78/70, Deutsche Gramophon v. Metro; **24; 89**

Case 7/71, Commission c. France; **117**

Case 44/71, Marcato; **84**

Joined Cases 51 to 54/71, International Fruit; **138**

Case 6/72, Continental Can; **178; 192-194; 219**

Case 48/72, Brasserie de Haecht II; **101; 120**

Joined Cases 63 to 69/72, Wilhelm Werhahn Hansamühle; **320**

Case 77/72, Capolongo v. Maya; **98**

Case 81/72, Commission v. Council; **73; 86**

Case 4/73, Nold; **119; 121**

Case 5/73, Balkan-Import-Export GmbH; **320**

Case 8/73, Massey-Ferguson; **150**

Case 34/73, Variola; **96; 102**

Case 120/73, Lorenz; **61; 77; 79**

Case 127/73, BRT v. SABAM; **101**

Case 169/73, Continentale France v. Council; **80**

Case 185/73, HZA Bielefeld v. König; **314-315**

Case 192/73, van Zuylen (Kaffee Hag I); **130**

Case 2/74, Reyners; **107; 110**

Case 15/74, Centrafarm v. Sterling Drug; **90; 130; 214**

Case 16/74, Centrafarm v. Winthrop; **90; 130**

Case 17/74, Transocean Marine Paint; **71; 133-134**

Case 31/74, Galli; **97**

Case 36/74, Walrave and Koch; **91**

Case 41/74, Van Duyn; **100-103**

Case 48/74, Charmasson; **143**

Case 61/74, Santopietro; **78**

Case 71/74, FRUBO; **76**

Case 90/74, Deboeck; **71; 88**

Case 29/75, Kaufhof; **139; 141**

Case 36/75, Rutili; **131**

Case 38/75, Nederlandse Spoorwegen; **121**

Case 43/75, Defrenne c. Sabena II; **74; 91; 110; 121; 152**

Case 55/75, Balkan-Import-Export v. HZA Berlin-Packhof; **88**

Case 113/75, Frecassetti; **100**

Joined Cases 3, 4, and 6/76, Kramer; **156**

Case 7/76, IRCA; **118**

Case 27/76, United Brands; **232**

Case 33/76, Rewe; **29**

Case 41/76, Donckerwolcke; **136; 138; 140; 143**

Case 45/76, Comet; **29**

Case 71/76, Thieffry; **27**

Case 78/76, Steinike und Weinlig; **97; 98**

Case 114/76, Bela-Mühle Josef Bergmann; **319-320**

Case 19/77, Miller Schallplatten; **71; 93**

Case 34/77, Oslizlok; **85**

Case 78/77, Enka; **104**

Joined Cases 80 and 81/77, Ramel; **48; 108; 144**

Case 85/77, Società Santa Anna Azienda Avicola v. INPS; **314**

Case 106/77, Simmenthal II; **29; 92; 115-116**

Case 14/78, Denkavit; **79**

Case 17/78, Rivoira; **138**

Case 31/78, Bussone; **96**

Joined Cases 32 and 36-82/78, BMW; **77**

Case 52/78, Cayrol v. Rivoira; **137**

Case 83/78, Pigs Marketing Board v. Redmond; **97; 317-318; 325**

Case 112/78, Sonne; **84**

- Case 120/78, Cassis de Dijon; **316**
Case 141/78, France c. Royaume-Uni; **35**
Case 148/78, Ratti; **92; 103-105; 108; 115**
Case 159/78, Commission v. Italy; **107**
Case 177/78, Pigs and Bacon Commission; **325**
Joined Cases 209-215 and 218/78, Van Landewyck; **72; 88; 122**
- Case 44/79, Hauer; **120**
Case 137/79, Kohll; **81**
Case 138/79, SA Roquette frères (Isoglucose); **60**
Case 730/79, Philip Morris; **178; 180; 188-190; 200; 217-219; 246**
Joined Cases 783 and 786/79, Venus and Obert; **81**
Case 804/79, Commission v. United Kingdom (Fisheries); **32**
- Case 58/80, Dansk Supermarket v. Imerco; **90**
Case 61/80, Cooperatieve Stremsel- en Kleursel-fabriek; **315**
Joined Cases 100-103/80, Pioneer; **77**
Case 125/80, Arning; **80**
Joined Cases 188-190/80, France, Italy and UK v. Commission; **66**
Case 208/80, Lord Bruce of Donington; **27**
Case 272/80, Biologische Produkten; **34**
- Case 8/81, Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt; **105; 108-109**
Joined Cases 36, 37 and 218/81, Seton; **85**
Case 60/81, IBM; **87**
Joined Cases 80-83/81 and 182-185/82, Adam and others v. Commission;
74; 86
Case 96/81, Commission v. Netherlands; **106**
Case 191/81, Fediol; **129**
Case 230/81, Luxembourg c. Parlement; **125**
Case 255/81, Grendel; **109**
Case 266/81, SIOT; **121**
Case 287/81, Kerr; **67**
Case 289/81, Mavrides v. Parliament; **82; 87**
Joined Cases 303 and 312/81, Klöckner-Werke; **76**
Case 322/81, Michelin; **80**
Case 64/82, Tradax; **70; 82**

- Case 74/82, Commission v. Ireland; **72**
Joined Cases 96-102, 104, 105, 108 and 110/82, IAZ International; **78; 88**
Case 107/82, AEG Telefunken; **80**
Joined Cases 118-123/82, Celant; **73; 87**
Case 144/82, Detti v. Court of Justice; **81; 86**
Joined Cases 177 and 178/82, Officier van Justitie v. Van de Haar; **90**
Case 179/82, Lucchini; **78**
Case 188/82, Thyssen; **75; 76; 78; 87**
Case 190/82, Blomefield; **74**
Case 199/82, San Giorgio; **114**
Case 218/82, Commission v. Council; **141; 143**
Case 222/82, Apple and Pear Council; **91**
Joined Cases 262/82 and 26/83, Luisi and Carbone; **164**
Case 264/82, Timex; **129**
Case 270/82, Estel; **82**
Case 271/82, Auer II; **105**
Joined Cases 316/82 and 40/83, Kohler v. Court of Auditors; **79**
Case 338/82, Albertini and Montagnani; **85**
Case 343/82, Michael; **74**
Case 346/82, Favre; **85**
- Case 2/83, Alfer; **78**
Case 14/83, von Colson et Kamann; **25; 111**
Case 25/83, Buick; **74; 87**
Case 36/83, Mabanaft v. HZA Emmerich; **46; 48; 144**
Case 37/83, Rewe Zentrale; **316**
Joined Cases 47 and 48/83, Van Miert; **33**
Case 63/83, Kirk; **70**
Case 69/83, Lux v. Court of Auditors; **84**
Case 70/83, Kloppenburg; **108-109**
Case 77/83, CILFIT and Lanificio di Gavardo; **315**
Case 79/83, Harz; **111**
Case 103/83, Luxembourg c. Parlement (Usinor); **79**
Case 11/83, Picciolo v. Parliament; **80**
Case 114/83, Société d'initiatives; **72**
Case 170/83, Hydrotherm c. Compact; **214**
Case 188/83, Witte v. Parliament; **75**

- Case 240/83, Procureur de la République v. Adbhu; **153**
Case 272/83, Commission v. Italy; **97**
Case 288/83, Commission v. Ireland; **142; 145**
Case 294/83, Les Verts c. Parlement; **126-127; 132**
Case 288/83, Commission v. Ireland; **142**
- Case 1/84R, Ilford; **139**
Case 42/84, Remia; **190**
Case 44/84, Hurd; **31; 134**
Case 52/84, Commission c. Belgique; **33**
Case 59/84, Tezi Textiel BV; **64; 140-142; 144-145**
Case 81/84, Forschungs- und Versuchsanstalt; **93**
Case 100/84, Commission v. United Kingdom; **94**
Joined Cases 140 and 221/84, Walzstahl; **71**
Joined Cases 142 and 156/84, British American Tobacco and R.J. Reynolds Industries; **178; 180; 188-190**
Case 152/84, Marshall; **103; 105-106**
Case 160/84, Oryzomyli Kavallas; **95**
Case 169/84, Cofaz; **129**
Case 174/84, Bulk Oil; **143**
Case 199/84, Migliorini and Fischl; **144**
Joined Cases 209-213/84, Asjes and others; **121; 247**
Case 222/84, Johnston; **106**
Case 242/84, Tezi Textiel BV v. Ministry for Economic Affairs; **140; 145**
- Case 85/85, Commission c. Belgique; **27**
Case 155/85, Strack v. Parliament; **73**
Case 186/85, Commission c. Belgique; **31**
Case 276/85, Cladakis; **95**
Case 281/85, Germany v. Commission; **69**
Case 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus; **28; 90**
Case 312/85, Villa Banfi; **328**
Case 314/85, Foto-Frost; **124**
Case 325/85, Irlande c. Commission; **32**
Case 346/85, United Kingdom v. Commission; **67**
- Case 1/86, Commission v. Belgium; **153**

- Case 14/86, Pretore di Salo; *104*
- Case 34/86, Conseil c. Parlement; *50*
- Case 45/86, Commission v. Council (General System of Preferences); *147*
- Case 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen; *29*
- Case 68/86, Royaume-Uni c. Conseil (Substances hormonales); *53; 74; 162; 324-326*
- Case 74/86, Commission c. Allemagne; *26*
- Case 131/86, United Kingdom v. Council (Battery Hens); *53; 162; 324; 326*
- Case 136/86, Bureau national interprofessionnel du cognac; *28*
- Joined Cases 176 and 177/86, Houyoux; *79*
- Case 222/86, Heylens; *27*
- Case 240/86, Commission c. Grèce; *31*
-
- Case 22/87, Commission c. Italie; *30*
- Case 51/87, Commission v. Council; *141; 143-145*
- Case 94/87, Commission c. Allemagne; *33*
- Case 131/87, Commission v. Council (Animal Glands); *315; 326; 328*
- Case 190/87, Moormann; *25*
- Case 235/87, Matteucci; *34*
- Case 302/87, Parlement c. Conseil (Comitologie); *66; 127*
- Case 354/87, Weddel; *72*
-
- Case C-2/88, Zwartveld; *33-34; 122; 131*
- Case 14/88, Italie c. Commission; *26*
- Case C-35/88, Commission c. Grèce; *31*
- Case C-49/88, Al-Jubail Fertilizer ; *120*
- Case 68/88, Commission c. Grèce; *26*
- Case C-70/88, Parliament v. Council (Tchernobyl); *128-130*
- Case 103/88, Fratelli Costanzo; *93; 106*
- Case C-202/88, France v. Commission; *67*
- Joined Cases C-213/88 and C-39/89, Luxembourg c. Parlement; *33*
- Case C-217/88, Commission c. Allemagne; *33*
- Case C-221/88, Busseni; *124*
- Case C-326/88, Hansen & Son; *26*
- Case C-331/88, FEDESA (Second Hormones Case); *325*

- Case 6/89, Commission c. Belgique; **31**
Case C-10/89, CNL-SUCAL (Kaffee Hag II); **130**
Case C-34/89, Italie c. Commission; **26**
Case C-48/89, Commission c. Italie; **24**
Joined Cases C-51, 90 and 94/89, COMETT II; **51**
Case C-106/89, Marleasing; **25; 113**
Case C-158/89, Weingut Dietz-Matti; **33**
Case C-188/89, Foster c. British Gas; **93; 106**
Case C-213/89, Factortame; **29; 115-116**
Case C-234/89, Dilimitis; **34**
Case C-246/89R, Commission v. United Kingdom; **115**
Case C-251/89, Athanasopoulos; **35**
Case C-300/89, Commission c. Conseil (Dioxyde de titane); **54; 59; 100; 148; 155; 327**
Case C-340/89, Vlassopoulou; **27**
Case C-374/89, Commission c. Belgique; **25**
- Joined Cases C-6 and 9/90, Francovich et Bonifaci; **30; 113; 134**
Joined Cases C-19 and 20/90, Karella; **106**
Case C-65/90, Parliament v. Council; **63**
Case C-208/90, Emmott; **104**
Case C-303-90, France v. Commission; **68**

B. Judgments of the Court of First Instance of the European Communities

- Case T-51/89, Tetra Pak; **223; 247**
Case T-73/89, Barbi; **79**
Case T-120/89, Stahlwerke Peine-Salzgitter; **88**
Case T-125/89, Filtrona Española; **193**
Case T-156/89, Mordt; **80**
Case T-7/90, Kober; **87**

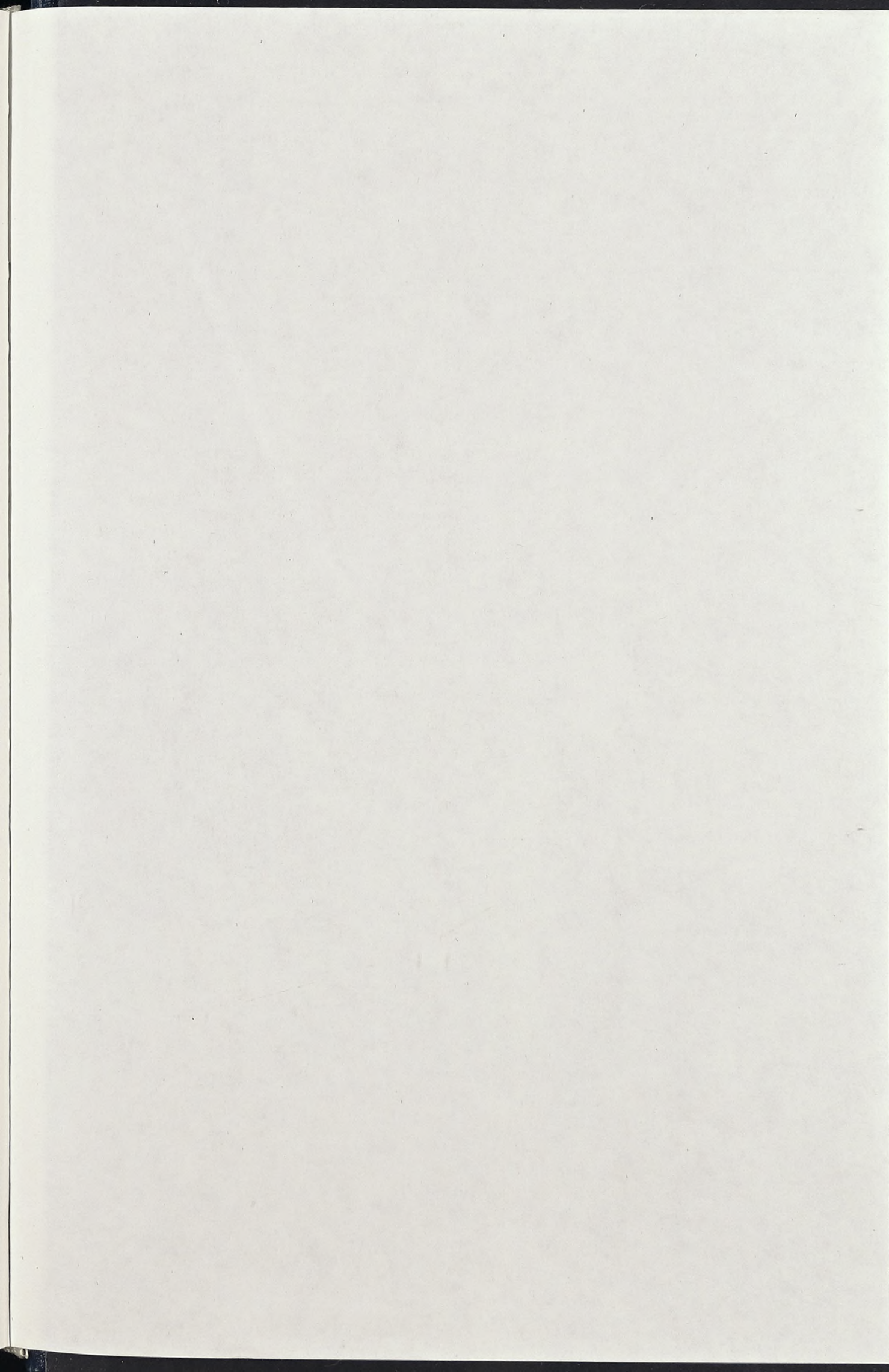
C. Competition Decisions of the European Commission (alphabetical order)

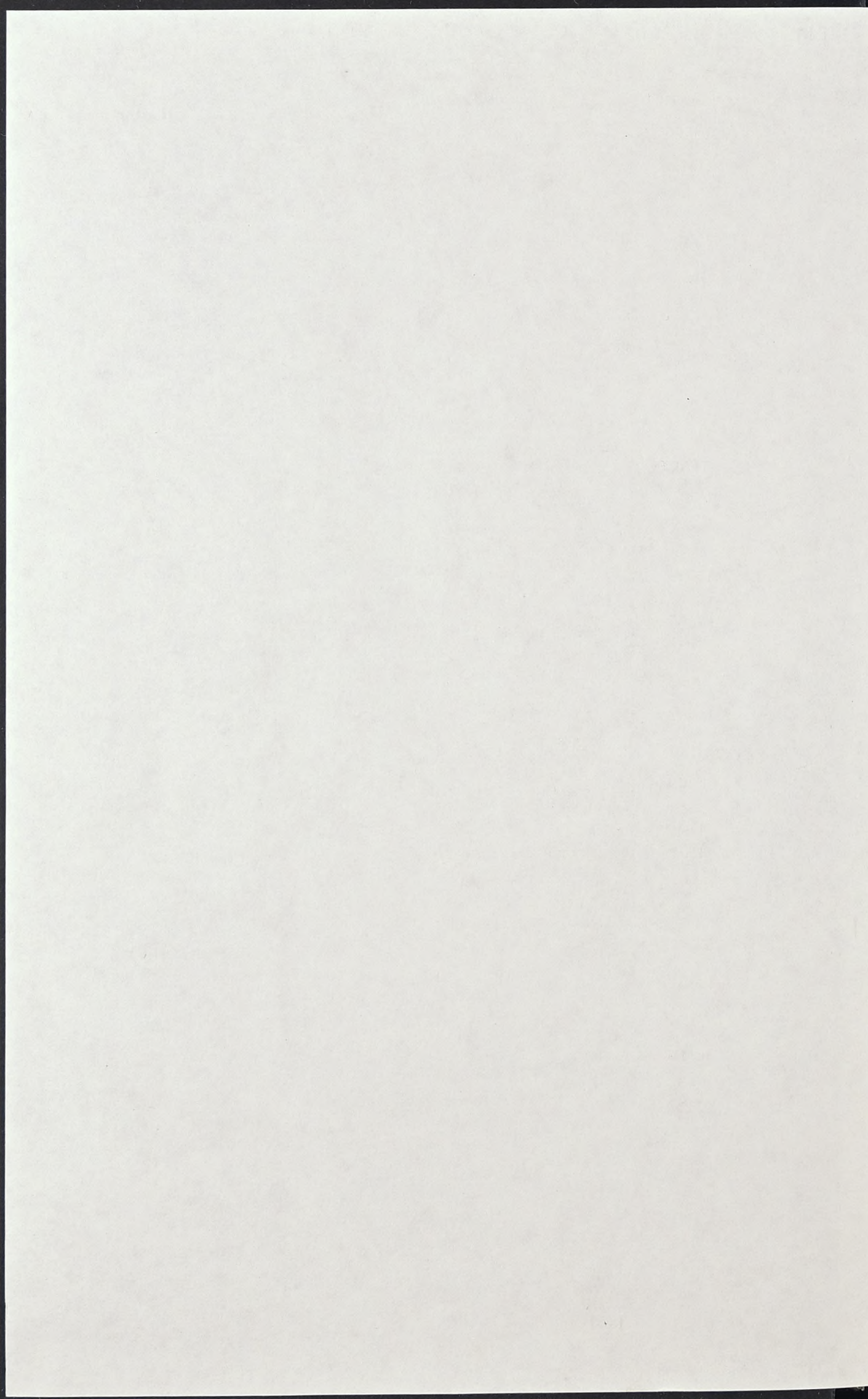
- ABC/Générale des Eaux/Canal+/W.H. Smith T.V.; 231
Aérospatiale-Alenia/de Havilland; 183; 223; 233; 236; 249
Aérospatiale/MBB; 235; 236
Alcatel/AEG Kabel; 244
Alcatel/Telettra; 235; 249
Alliance de Constructeurs Français de Machines-Outils; 207
Amersham/Buchler; 213; 215
Amicon Corp./Fortia AB et Wright Scientific Ltd; 197
Apollinaris/Schweppes; 231
Arjomari/Wiggins Teape; 225
Ashland Oil Inc.-Cabot Co.; 199
ATT c. NCR; 223; 235
Baxter Travenol Laboratories/SmithKline RIT; 195
Baxter/Nestlé/Salvia; 231-232
Berisford-Napier/Brown; 199
BNP c. Dresdner Bank-Czecho-Slovakia; 223
British Industrial Sand/Sablères et Carrières Réunies; 218
British Sugar Corp.-Berisford; 198
BSN-Nestlé/Cokoladovny; 231
Carbon Gas Technology; 210
Carnaud/Sofreb; 190-191
Cekacan; 203
Coats Patons Ltd/Güterman; 196
Cobelaz; 207
Conagra/Idea; 225
Consolidated Gold Fields/Minorco; 201
Continental Can; 192
De Laval-Stork; 209
Digital/Kienzle; 235
Digital/Philips; 235
Dillingen; 219
Douwe Egberts/Van Nelle; 202
Dräger/IBM/HMP; 230
Dresdner Bank c. Banque Nationale de Paris; 223

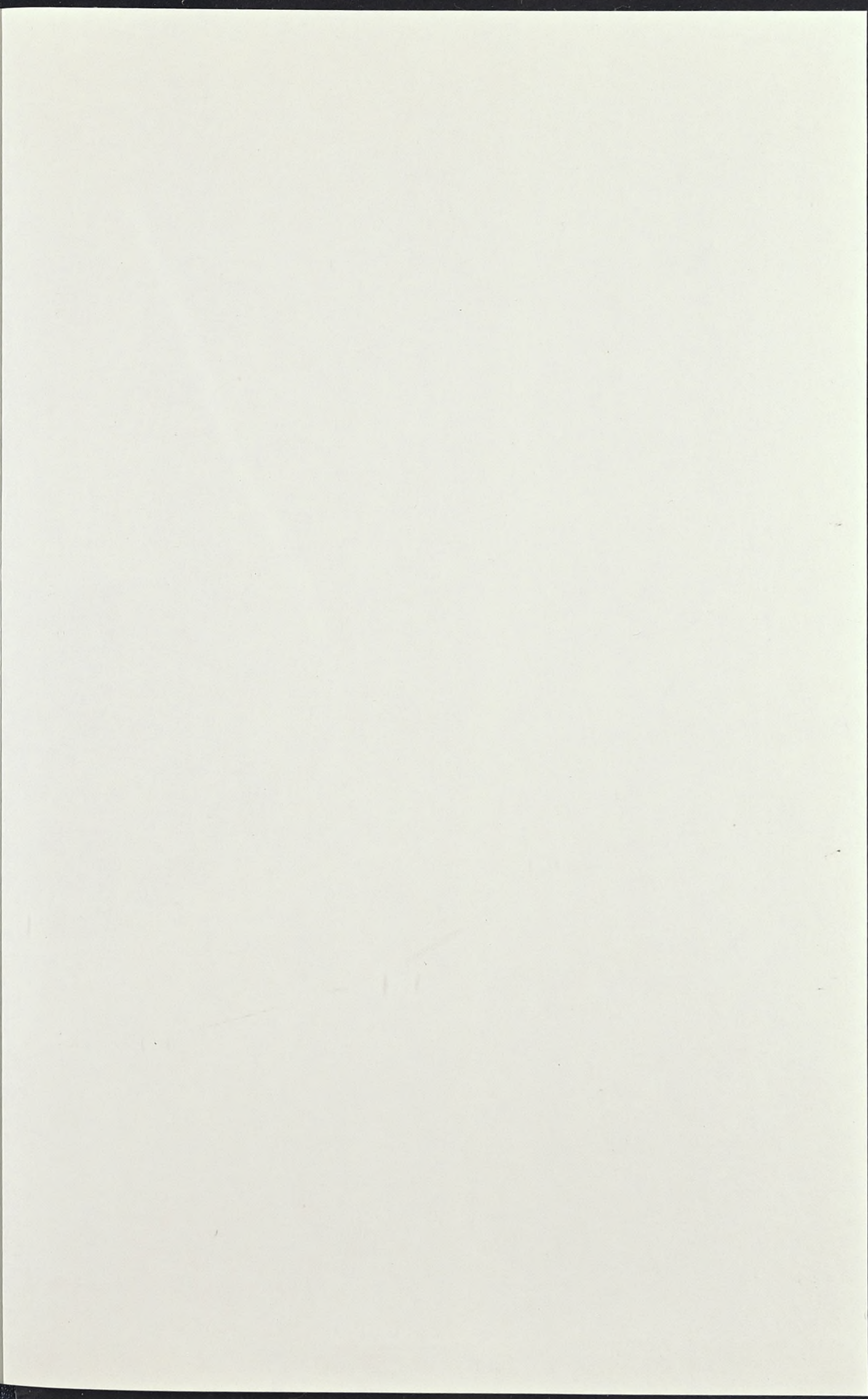
- Eagle Star/Allianz Versicherung; **198**
Eirpage; **210**
Elf/Enterprise; **231**
Elopak/Metal Box-Odin; **208**
Enichem/ICI; **216**
Fiat Geotech/Ford New Holland; **235; 249**
Fibres optiques; **214-215**
Fichtel & Sachs/Huret; **197**
Filtrona c. Tabacalera; **193**
Floral; **207**
GEC-Weir Sodium; **203; 210**
GKN c. Sachs; **194**
Henkel-Colgate; **207**
Hudsons Bay and Annings Ltd/Dansk Pelsdyravlerforening; **218**
Ibercobre/Outokumpu; **200**
ICI/Montedison; **210**
ICI/Tioxide; **225; 226**
Irish Distillers; **183; 190-191**
Iveco/Ford; **216**
Kaiser/Estel; **196; 208; 213**
Kelt/American Express; **236**
KEWA; **209; 211**
Konsortium ECR 900; **208**
La Redoute c. Empire; **226**
Lucas/Eaton; **231**
Lyonnaise des Eaux Dumez/Brochier; **225**
Magnet Marelli/CEAC; **249**
Mannesmann/Boge; **235**
Mécaniver-PPG; **202-203; 218**
Mediobanca/Generali; **225-226**
Metaleurop; **183**
Michelin/Kléber-Colombes; **195**
Mitchell Cotts/Sofiltra; **204; 213; 215**
Mitsubishi/UCAR; **230**
Nederlandse Cement-Handelmaatschappij; **207**
Olivetti c. Canon; **211**
Philip Morris; **212; 215**

Pilkington/BSN-Gervais-Danone; *194*
Pont-à-Mousson-Stanton & Stavely; *199*
Redland-AAH Holdings-British Coal Corporation; *210*
Renaud/Volvo; *226; 230; 235*
Röchling/Burbach; *219*
Rockwell/Iveco; *210*
Rogesa; *219*
Saarstrahl Völklingen; *219*
Sanofi/Sterling Drug; *230; 235*
SHV/Chevron; *208; 213*
Siemens c. GEC-Plessey; *183*
Socemas; *207*
Steeley/Tarmac; *244*
Stena UK/Houlder Offshore; *201; 218*
Supexie; *207*
Tetra Pak I; *247*
Tetra Pak c. Alfa Laval; *223*
Thomson/Pilkington; *231*
TNT/Canada Post e.a.; *231*
TWIL/Bridon; *209*
UAP/Transatlantic Life/Sun Life; *231*
Vacuum Interrupters; *209; 211*
Varta/Bosch; *244; 249*
Viag/Continental Can; *235*
Wano Schwarzpulver; *210*
Yorka c. Seima; *183*

Yoko e Seima, 183
 West Schweitzer, 218
 West Continental, Cal, 213
 Vanhoose, 144, 149
 Vacuum Intertemp, 199, 211
 UAP, Transamerica, Hudson Ind., 311
 TWI, Wilson, 209
 TWI, mena Post e, 211
 Thomson, 111
 Tota Pak e, Airs Layer, 251
 Tota Pak II, 247
 Topcon, 207
 Tota UK, Tropic, Orange, 211, 218
 Stetley, 244
 Soomax, 247
 Siemens e, GEC, Thyssen, 181
 SHV, Thyssen, 208, 211
 Sauer, 218, 213
 Sauer, 219
 Sauer, 219
 Rogas, 219
 Rockwell, 218
 Rockwell, 218
 Röchling, 219
 Ranso-Volvo, 218, 219, 213
 Richard-All Holdings, British Coal Corporation, 218
 Four e-Motion, Stearns e, Savelly, 199
 Pilkington, BSW-Corvair, Tennant, 199









MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS

CCEL 3

ISBN 0-7923-1996-6

Collected Courses of the
Academy of European Law

1991 - Vol. II - 1

NIJHOFF