



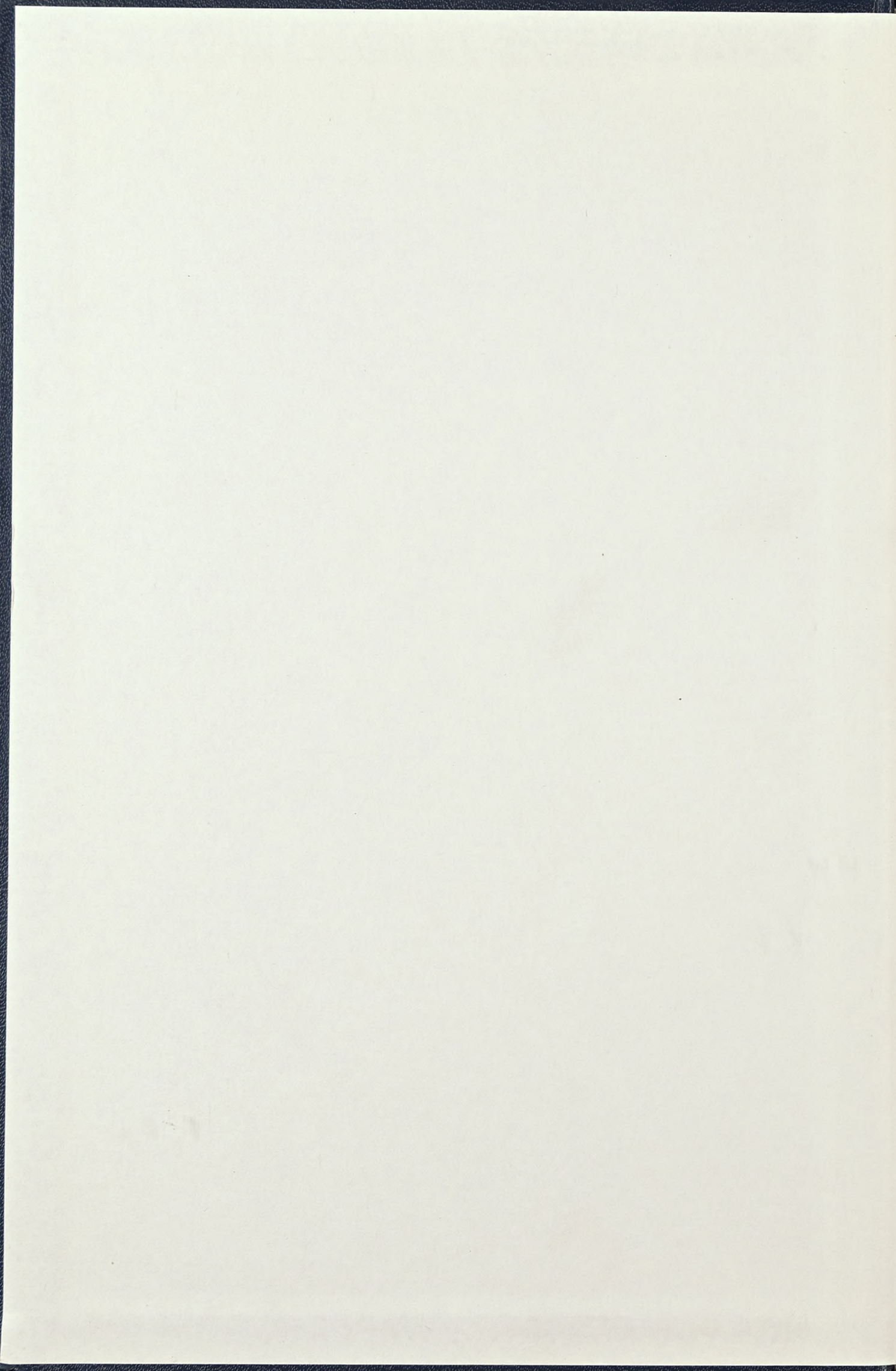
**Collected
Courses of the
Academy of
European Law**

1992 – Vol. III – 1



European University Institute

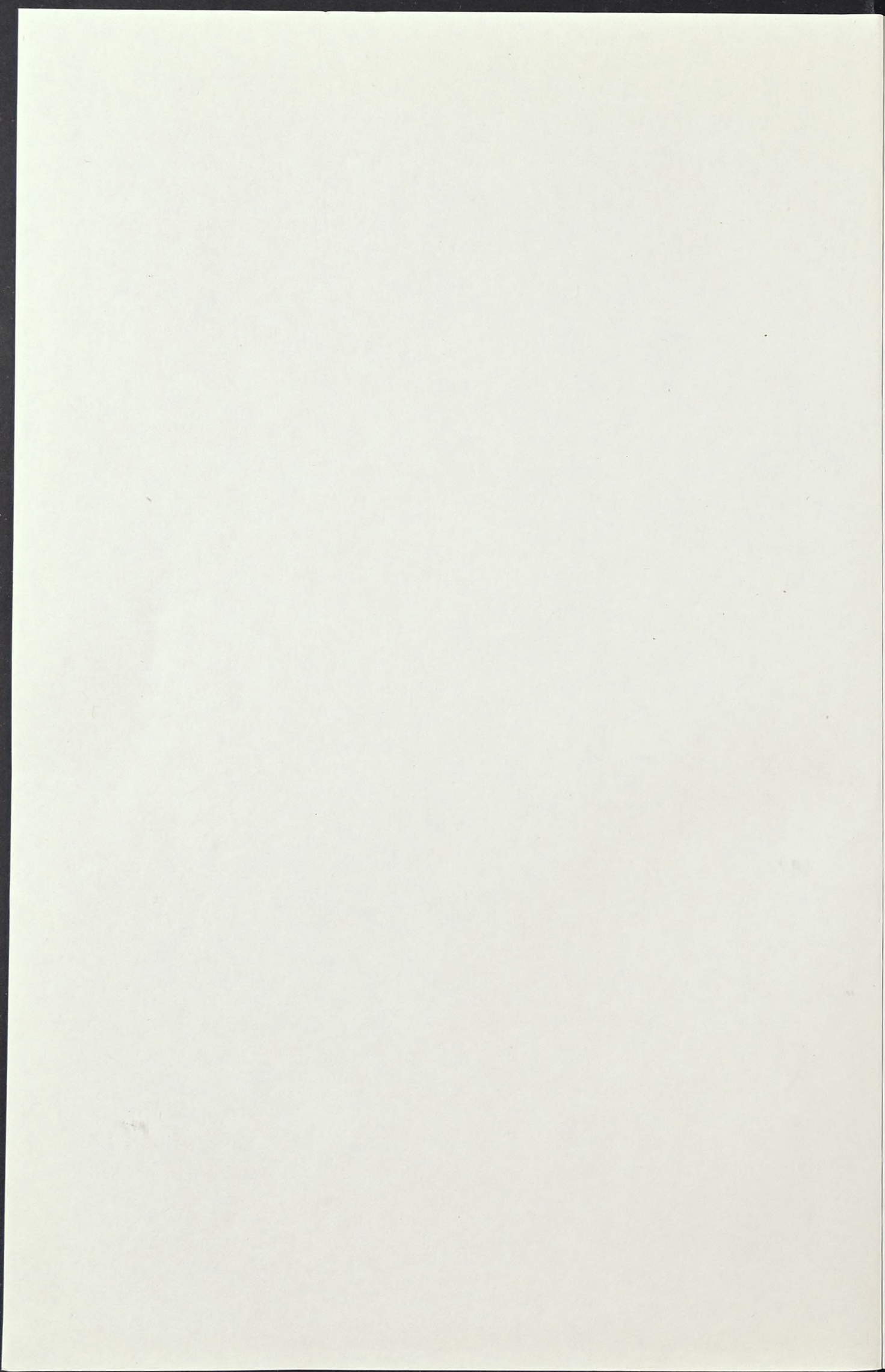
Martinus Nijhoff Publishers



THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

PHYSICS 351



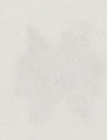
Collected Courses of the
Academy of European Law

1992 Vol. III - 1

European Court of Justice
Vol. III - 1



University of
of



WILHELM FRIEDRICH
MÜLLER
1992

Academy of European Law

Florence

Directed by

**Antonio Cassese, Renaud Dehousse
and Joseph H. H. Weiler**

Collected Courses
of the
Academy of European Law

Recueil des cours de l'Académie de droit européen

1992

European Community Law

Vol. III Book 1



European University Institute, Florence

Academy of European Law



MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS

DORDRECHT / BOSTON / LONDON

A C.I.P. Catalogue record for this book is available from the Library of Congress.

ISBN 0-7923-3047-1

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. III Book 1

Cover design: Francesco Cassese

Printed on acid-free paper

All Rights Reserved
© 1994 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 III Book 1 European Community Law

Principal Abbreviations	xiii
EMILE NOEL , <i>Perspectives institutionnelles à la suite du traité de Maastricht sur l'Union européenne</i>	1
SIR LEON BRITTAN <i>Robert Schuman Lecture</i> <i>Subsidiarity in the Constitution of the European Community</i>	19
ROBERT BADINTER <i>Conférence Winston Churchill</i> <i>L'Europe du droit</i>	33
ROLAND BIEBER, BETTINA KAHIL-WOLFF et LAURENCE MULLER , <i>Cours général de droit communautaire</i>	49
RENAUD DEHOUSSE , <i>The Legacy of Maastricht: Emerging Institutional Issues</i>	181
JOSEPHINE STEINER , <i>EC Law – Problems of Enforcement</i>	241
Index of Decisions by Transnational Courts	289

Volume III Book I
European Community Law

xii	Principal Abbreviations
	EDUARD KOHL, President of the European Commission
	EDUARD KOHL, President of the European Commission
	SIR LEON BRITTON, President of the European Court of Justice
19	Subsidiarity in the Constitution of the European Community
	ROBERT BADINTER, President of the European Court of Justice
23	L'Europe du droit
	ROLAND BIERER, BETTINA KAHN-WOLFF & LAURENCE SIGLEHR, Code Général des lois communautaires
141	Emerging Institutional Trends
241	JOSEPHINE STINER, EC Law - Problems of Interpretation
289	Index of Decisions by the European Court of Justice

Volume III Book 2
The Protection of Human Rights in Europe

LOUIS-EDMOND PETTITI, *L'évolution de la Convention européenne des droits de l'homme et son application*

CLAUDE KLEIN, *Protection des droits de l'homme et circonstances exceptionnelles*

DANILO TÜRK, *Protection of Minorities in Europe*

CARLO RUSSO, *La justiciabilité des droits économiques et sociaux*

ANDREW CLAPHAM and **JOSEPH H.H. WEILER**
Human Dignity Shall Be Inviolable: The Human Rights of Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order

DUNCAN KENNEDY, *A Semiotics of Legal Argument*

CATHARINE A. MACKINNON, *Equality and Speech*

Volume III Book 2
The Protection of Human Rights in Europe

LOUIS-EDMOND FETIT, L'évolution de la Convention européenne des
droits de l'homme et son application

CLAUDE KILIK, Protection des droits de l'homme et circonstances
exceptionnelles

DANIELO TÜRK, Protection of minorities in Europe

CARLO RUSSO, La tutela delle libertà economiche in Europa

ANDREW CLAPHAM and JOSEPH H.L. WINTER
Human Dignity Shall be Inviolable: The Human Rights of Lesbian and
Gay Men in the European Community Legal Order

BURCAN KENNEDY, A Scenario of Legal Argument

CATHERINE A. MACKENZON, Equality and Gender

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. 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
European University Institute
Academy of European Law
Villa Schifanoia
Via Boccaccio, 121
I-50133 FIRENZE
Italy
(telephone (055) 4685725/46851, fax 4685717)

The Academy of European Law

The Academy of European Law was established by the European University Institute in 1980. 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. Lectures offer both oral and written analysis of Community law, the European Convention on Human Rights and other topics concerning European law. The courses are published in the *European Law Journal*.

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. Participants in the summer session are open to law students, law teachers and those in legal practice. Participant 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. Successful candidates will be awarded the Diploma of the Academy in European Law. Exceptionally, the Diploma may be awarded on a basis of merit. Applicants should indicate if they wish to be considered 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 conjunction with other experience they have in these fields.

For further information please contact:

European University Institute

Academy of European Law

Via Schifanoia

Via Boccaccio, 121

I-50133 FIRENZE

Italy

(Telephone (055) 468212/46821, fax 468211)

The Officers of the Academy

The Directors: Professors Antonio CASSESE, European University Institute, Florence, Renaud DEHOUSSE, European University Institute, Florence and Joseph H.H. WEILER, Harvard Law School and European University Institute

Administrator: Dr. Fabián PEREYRA

Secretary: Ms Annick BULCKAEN

Publications: Ms Angelika LANFRANCHI, Ms Julia VALERIO, Ms Caterina TOMEI

Associates: Ms Sieglinde SCHREINER-LINFORD, 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

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, Former Professor at the Collège de France, Member of the Institut de droit international, Paris

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

Dr Patrick MASTERSON, President of the European University Institute, Florence

Prof. Rein A. MULLERSON, London School of Economics and Political Science

Mr Emile NOËL, Honorary President 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 Officers of the Academy

The Directors: Professor ALONZO CARRETT, European University Institute, Florence; RICHARD DWORKIN, European University Institute, Florence and Joseph H.H. WEILER, Harvard Law School and European University Institute
Administrator: Dr. PAVLA TRIVARA
Secretary: Ms. ANNE BUCKLEY
Publication: Ms. ANNE BUCKLEY, Ms. JILL VALERIO, Ms. CARMEN TORRES
Associates: Ms. STEPHANIE SCHMIDT-LINDNER, Ms. ANNE WILSON

Advisory Committee

Prof. Roberto ANDRÉ, Judge at the International Court of Justice, Member of the Institut de droit international, The Hague
Prof. Daniel BARNHART, Professor at the University of Paris II, Member of the Institut de droit international, Paris
Judge José Luis DA CRUZ VILACA, President of the Court of First Instance, Luxembourg
Mr. Jean-Louis DEWET, Director General of the Legal Service of the Commission of the European Community, Brussels
Judge Gís DÓR, President of the European Court of Justice of the European Community, Luxembourg
Prof. René Jean DUBOY, Former Professor at the Collège de France, Member of the Institut de droit international, Paris
Prof. Pierre-Michel DUPUY, Professor of International Law, University of Paris II
Dr. Patrick M. HATTON, President of the European University Institute, Florence
Prof. Rein A. M. LUTJENS, London School of Economics and Political Science
Mr. Pauline MÖLL, Honorary President of the European University Institute, Florence
Honorary Secretary-General of the Commission of the European Community
Prof. Carl-August NORDMANN, President of the European Commission of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg
Dr. Jean-Claude FERRER, Director General of the Legal Service to the Council of Ministers of the European Community, Brussels
Judge José María RUDA, Former President of the International Court of Justice, President of the Inter-U.S. Claims Tribunal, Member of the Institut de droit international, The Hague
Judge Rolf KYSSA, President of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg
Prof. Bruno SIMIX, Professor of international law, Institut für Völkerrecht, Ludwig-Maximilians-Universität, München
Judge Nicolas VALENZUELA, Judge at the European Court of Human Rights, Former Secretary-General of the Institut de droit international, GENEVA

List of Principal Abbreviations Table des principales abréviations

ABl.	Amtsblatt
ACP	Africa-Caribbean-Pacific States; Pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (Lomé Conventions)
Ad.L.Rev.	Administrative Law Review
<i>AEL</i>	<i>Collected Courses of the Academy of European Law</i>
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
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
A.I.E.A.	Agence internationale de l'énergie atomique
<i>AJCL</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
All ER	All England Law Reports
<i>Annuaire</i>	<i>Annuaire de la CEDH</i>
Appl.	Application (European Commission of Human Rights)
<i>ArchVR</i>	<i>Archiv des Völkerrechts</i>
<i>ASDI</i>	<i>Annuaire suisse de droit international</i>
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
<i>Bull.EC Suppl.</i>	<i>Bulletin of the European Communities, Supplement</i>
BVerfG (E)	Bundesverfassungsgericht (Collected Decisions)
BVerwG (E)	Bundesverwaltungsgericht (Collected Decisions)
<i>BYbIL</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
<i>Cal. W. Int'l L.J.</i>	<i>California Western International Law Journal</i>
<i>Cambridge L.J.</i>	<i>The Cambridge Law Journal</i>
<i>Can. Y.B. Int'l L.</i>	<i>Canadian Yearbook of International Law</i>
CCT	Common Customs Tariff
CE	Communautés européennes
CDE	<i>Cahiers de droit européen</i>

CDDH	Comité directeur des droits de l'homme
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 Rec.	Cour de Justice des Communautés européennes Recueil
CMLR	Common Market Law Reports
<i>CML Rev.</i>	<i>Common Market Law Review</i>
<i>Colum.J.Trans.L.</i>	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
Com. Doc.	Document de la Commission européenne
Com.EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Conseil Doc.	Document du Conseil européen
Corte Cost.	Corte Costituzionale
C.P.E.	Coopération politique européenne
CSCE	Conference on Security and Cooperation in Europe; Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe
<i>DB</i>	<i>Der Betrieb</i>
Dec. E.P.	Declaration of European Parliament
Debs. PE	Débats du parlement européen
Dec.	Decision; décision
DHMM	Documents du Comité directeurs des Mass Media
Dir.	Directive; directive
<i>DÖV</i>	<i>Die Öffentliche Verwaltung</i>
DR	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
DS	Recueil Dalloz Sirey
<i>DVBl.</i>	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
EAEC/Euratom	European Atomic Energy Community
EBRD	The European Bank for Reconstruction and Development
EBU	European Broadcasting Union
EC	European Communities
ECHR	European Convention on Human Rights
ECJ	European Court of Justice
<i>ECLR</i>	<i>European Competition Law Review</i>
ECR	European Court Reports (Reports of the Court of Justice of the European Communities, Luxembourg)
ECSC	European Coal and Steel Community
ECOSOC	Economic and Social Council; Conseil économique et social
ECU	European Currency Unit; Unité monétaire européenne
EEC	European Economic Community (Treaty)
EEE	Espace économique européen
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EHRR	European Human Rights Reports
EIB	European Investment Bank
<i>EIRR</i>	<i>European Industrial Relations Review</i>
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
<i>EL Rev.</i>	<i>European Law Review</i>
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
ESA	European Space Agency
<i>EuGRZ</i>	<i>Europäische Grundrechte Zeitschrift</i>
ERTA	European Road Transport Agreement
EUI	European University Institute
<i>Eur. Bus. L. Rev.</i>	<i>European Business Law Review</i>
Eur. Comm. H.R.	European Commission of Human Rights
Eur. Court H.R.	European Court of Human Rights
<i>EuR</i>	<i>Europarecht</i>
<i>EuZW</i>	<i>Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>
<i>EWS</i>	<i>Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht</i>
FAO	Food and Agriculture Organization
F.M.I.	Fonds monétaire international
FIDE	Fédération internationale pour le Droit européen
<i>Fordham Int'l. L.J.</i>	<i>Fordham International Law Journal</i>
<i>Foro it.</i>	<i>Foro italiano</i>
<i>Foro pad.</i>	<i>Foro padano</i>
FRG	Federal Republic of Germany
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; Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
<i>Ga.J.Int'l. & Comp.L.</i>	<i>Georgia Journal of International and Comparative Law</i>
Gazz Uff	Gazzetta Ufficiale
Giur. Cost.	Giurisprudenza Costituzionale
GNP	Gross national product
<i>GRUR Int.</i>	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil</i>
GSP	General System of Preferences
<i>GYIL</i>	<i>German Yearbook of International Law</i>
<i>Harv. Int'l L.J.</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
HCR	Haut-Commissaire des Nations unies pour les réfugiés
<i>HRLJ</i>	<i>Human Rights Law Journal</i>

<i>HR Rev.</i>	<i>Human Rights Review</i>
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
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
ILO	International Labour Organization
IMF	International Monetary Fund
ITU	International Telecommunications Union
IUE	Institut universitaire européen
<i>IYIL</i>	<i>Italian Yearbook of International Law</i>
<i>J. Common Mkt. Stud.</i>	<i>Journal of Common Market Studies</i>
<i>JCP</i>	<i>Jurisclasseur périodique</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal de droit international</i>
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne
JORF	Journal officiel de la République française
<i>Journal of the ICJ</i>	<i>Journal of the International Commission of Jurists</i>
<i>JWT</i>	<i>Journal of World Trade</i>
<i>Law.Soc. Gaz.</i>	<i>Law Society Gazette</i>
LDC	Less developed country
<i>LIEI</i>	<i>Legal Issues of European Integration</i>
LLDC	Least developed country
<i>LQR</i>	<i>Law Quarterly Review</i>
MEP	Member of European Parliament
MFN	Most Favored Nation
<i>Mich. L. Rev.</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>Mich.J.Int'l L.</i>	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>MLR</i>	<i>Modern Law Review</i>
MPE	Membre du Parlement européen
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NGO	Non-Governmental Organization
<i>NILR</i>	<i>Netherlands International Law Review</i>
<i>NJ</i>	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>NLJ</i>	<i>New Law Journal</i>
<i>NVwZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
<i>NYIL</i>	<i>Netherlands Yearbook of International Law</i>
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
ÖJZ	<i>Österreichische Juristen-Zeitung</i>
O.L.P.	Organisation pour la libération de la Palestine
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
PE Doc.	Documents du Parlement européen
PCIJ Reports	Permanent Court of International Justice Reports
PLO	Palestine Liberation Organization
P.V.D.	Pays en voie de développement
QB	Queen's Bench (U.K. Law Reports)
<i>RabelsZ</i>	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
<i>RAE</i>	<i>Revue des affaires européennes</i>
<i>RBDI</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>RdC</i>	<i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye</i>
<i>RDE</i>	<i>Rivista di diritto europeo</i>
<i>RDH/HRJ</i>	<i>Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal</i>
<i>RDI</i>	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
Reg.	Regulation; règlement
Res.	Resolution; résolution
R.F.A.	République fédérale d'Allemagne
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RHDI</i>	<i>Revue hellénique de droit international</i>
<i>R.I.C.R.</i>	<i>Revue internationale de la Croix-Rouge</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>R.I.S.</i>	<i>Relations internationales et stratégiques</i>
<i>RIW</i>	<i>Recht der Internationalen Wirtschaft</i>
<i>RMC</i>	<i>Revue du marché commun</i>
<i>RMT</i>	<i>Rechtsgeleerd Magazijn Themis</i>
<i>RSDIE</i>	<i>Revue suisse de droit international et de droit européen</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>R.T.D.H.</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
<i>RUDH</i>	<i>Révue universelle des droits de l'homme</i>
SEA	Single European Act
SEC	Securities and Exchange Commission, Decisions and Reports
Série A	Publication de la Com.EDH: Arrêts et décisions
Série B	Publication de la Com.EDH: Mémoires, plaidoiries, documents
<i>SEW</i>	<i>Social-Economische Wetgeving</i>
S.M.E.	Système monétaire européen
Stb	Staatsblad van het koninkrijk der Nederland
<i>Syr.J.Int.L. and Comm.</i>	<i>Syracuse Journal of International Law and Commerce</i>

UK	United Kingdom
UN	United Nations
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNGA	United Nations General Assembly
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization; Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
<i>U.N.Jur.Y.B.</i>	<i>United Nations Juridical Yearbook</i>
UNSC	United Nations Security Council
UNTS	United Nations Treaty Series
UNY	United Nations Yearbook
<i>U. Pa. L. Rev.</i>	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
US, USA	United States of America
U.S.C.A.	United States Courts of Appeals
USSR	Union of Sovereign Socialist Republics
<i>Va.J.Int'l L.</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>Vand.J.Trans.L.</i>	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
VN	<i>Vereinte Nationen</i>
WEU	Western European Union
WIPO	World Intellectual Property Organization
WHO	World Health Organization
<i>Yale J. Int'l L.</i>	<i>The Yale Journal of International Law</i>
<i>WuW</i>	<i>Wirtschaft und Wettbewerb</i>
YB	Yearbook of the European Convention on Human Rights
YEL	<i>Yearbook of European Law</i>
<i>ZaöRV</i>	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>
ZERP	Zentrum für Europäische Rechtspolitik
<i>ZfZ</i>	<i>Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern</i>
ZHR	<i>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht</i>
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>

Perspectives institutionnelles à la suite du traité de Maastricht sur l'Union européenne

CONFERENCE INAUGURALE DE M. EMILE NOEL

THE
UNIVERSITY OF
TORONTO

Department of
Law
Faculty of Law
University of Toronto
78 St. George Street
Toronto, Ontario
M5S 1A5

Perspectives on the
de Maningh and the Union européenne

1980
1981
1982
1983
1984
1985
1986
1987
1988
1989
1990
1991
1992
1993
1994
1995
1996
1997
1998
1999
2000

CONFERENCE ON THE
DE MANINGH AND THE UNION EUROPÉENNE

Conference on the
de Maningh and the Union européenne
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020

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. Il a été président de l'Institut universitaire européen de 1987 à 1993. M. Noël est professeur honoraire de l'Université libre de Bruxelles, de l'université Fudan à Shanghai et de l'université du Sichuan (République populaire de Chine). Il est secrétaire général honoraire de la Commission des Communautés européennes et président honoraire de l'Institut universitaire européen.

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).

Je voudrais vous présenter quelques documents sur le rôle de Maastricht, mais vous n'avez pas le temps de les lire. Je voudrais surtout vous parler de ce que nous avons fait pour le Parlement européen. Il y a eu beaucoup de choses, mais je vais essayer de résumer les plus importantes.

Il est difficile de parler de ce rôle de Maastricht sans évoquer les discussions politiques, mais au vote définitif de ce traité, nous avons eu la confirmation de ce que nous avons dit pendant des années. La volonté de vérité de ce traité est de donner un cadre juridique à ce que nous avons fait pendant des années. C'est-à-dire que le traité de Maastricht est un acte de gouvernement visant à gérer la situation politique créée par le vote négatif et de prendre en compte les initiatives de la presse européenne.

Cette déclaration a été prononcée le 4 juin 1992. À la suite d'une déclaration du Conseil européen d'Amsterdam, qui confirme les engagements accordés au Danemark dans le traité de Maastricht, le pays a décidé d'approuver la ratification de ce traité ainsi que de signer le traité de Maastricht le 12 mai 1993.

C'est ce qui est arrivé les ministres des Affaires étrangères des États lors de leur réunion à Oslo, le 3 juin, et le Danemark a participé à cet accord. Ne sous-estimez pas l'importance des problèmes politiques et institutionnels qui ont été créés par le Danemark, sans grande attention. Mais il le dit, sans grande compréhension, mais pour un pays politiquement important du point de vue de l'égalité dans les engagements, sans oublier des points très importants dans la négociation de ce traité. Mais oui, le Danemark n'est pas le Koweït, et il est meilleur que les pays qui sont plus agités que d'autres, même dans le Conseil européen.

Que peut-il se passer à la fin de 1992? Je pense que c'est une déclaration qui est faite de leurs intérêts mais je voudrais les rappeler dans le moment de décider le vote de ce traité. Au début, une déclaration des États européens, évidemment, sans exception de toutes les questions importantes, qui peuvent être de votre intérêt pour les décisions futures, mais pour votre intérêt. Les négociations de ce traité de Maastricht de la part des États (ce qui ne signifie pas le cas d'être l'absence d'une responsabilité individuelle).

Il est difficile de parler de ce rôle de Maastricht sans évoquer les discussions politiques, mais au vote définitif de ce traité, nous avons eu la confirmation de ce que nous avons dit pendant des années.

- Le Parlement face à la Commission (dans «Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle», collection dirigée par l'Institut d'études européennes de Bruxelles) (1979)
- «The Single European Act», Government and Opposition - London (1987)
- ... (1988)
- ... (1989)
- ... (1990)
- ... (1991)
- ... (1992)
- ... (1993)
- ... (1994)
- ... (1995)
- ... (1996)
- ... (1997)
- ... (1998)
- ... (1999)
- ... (2000)
- ... (2001)
- ... (2002)
- ... (2003)
- ... (2004)
- ... (2005)
- ... (2006)
- ... (2007)
- ... (2008)
- ... (2009)
- ... (2010)
- ... (2011)
- ... (2012)
- ... (2013)
- ... (2014)
- ... (2015)
- ... (2016)
- ... (2017)
- ... (2018)
- ... (2019)
- ... (2020)
- ... (2021)
- ... (2022)
- ... (2023)
- ... (2024)
- ... (2025)

Perspectives institutionnelles à la suite du traité de Maastricht sur l'Union européenne

Je voudrais vous présenter quelques observations sur le traité de Maastricht. Elles viseront principalement à étudier quel en sera l'impact prévisible sur le fonctionnement réel des institutions et leurs rapports réciproques. D'autres éminents professeurs approfondiront les aspects juridiques et institutionnels dans la suite des travaux de l'Académie.

Il est difficile de parler du traité de Maastricht sans évoquer les récentes péripéties, liées au vote négatif du peuple danois, lors du référendum du 2 juin dernier. Formellement, ce vote ne modifie pas la situation juridique. La «minute de vérité» ne se situera qu'au moment du dépôt des instruments de ratification, c'est-à-dire vers la fin de l'année, et jusque là, c'est au gouvernement danois de gérer la situation nationale créée par le vote négatif et de prendre éventuellement les initiatives qu'il jugera appropriées.

Cette conférence a été prononcée le 9 juin 1992. A la suite d'une «décision» du Conseil européen d'Edimbourg, qui confirme les dérogations accordées au Danemark dans le traité de Maastricht, le peuple danois a approuvé la ratification de celui-ci lors d'un deuxième référendum, organisé le 18 mai 1993.

C'est ce qu'ont constaté les ministres des Affaires étrangères des Douze, lors de leur réunion d'Oslo, le 5 juin, et le ministre danois a participé à cet accord. Ne sous-estimons pas l'ampleur des pressions politiques et médiatiques qui sont exercées sur le Danemark, sans grande retenue, faut-il le dire, sans grande compréhension non plus pour un pays profondément imprégné du sens de l'égalité dans les rapports sociaux comme des principes démocratiques dans le fonctionnement de ses institutions. Bien sûr, le Danemark n'est pas le Koweït, et il est toujours des pays qui sont plus égaux que d'autres, même dans la Communauté européenne.

Que peut-il se passer à la fin de 1992? Je présume qu'une appréciation plus exacte de leurs intérêts aura prévalu chez les citoyens danois, permettant de dépasser le vote du 2 juin. Au besoin, une déclaration des Douze (solennelle, évidemment) aura été adoptée et rendue publique en temps opportun, qui pourrait être un «fait nouveau» pour les autorités danoises, sans pour autant affecter les procédures internes de ratification dans les autres pays (ce qui ne serait pas le cas s'il s'agissait d'un «protocole» additionnel au traité).

Faut-il envisager le pire? Il est un peu trop facile de dire qu'il suffit de conclure à onze, avec quelques retouches techniques, le traité signé par les

Douze à Maastricht. A la rigueur, cela peut être vrai pour les parties du traité qui concernent spécifiquement l'Union européenne, c'est-à-dire les titres I (dispositions communes), V (politique étrangère et de sécurité commune), VI (justice et affaires intérieures) et VII (dispositions finales). Mais pour les trois titres II, III et IV, qui visent les amendements à apporter aux traités de Rome et de Paris, cette formule n'est évidemment pas applicable. Ce n'est qu'à douze qu'il est possible d'amender ou de compléter ce qui est la propriété commune des Douze, les trois Communautés existantes. Or, le titre II, relatif aux modifications à apporter à la Communauté économique européenne (complété par les aménagements correspondants des deux autres Communautés, qui sont repris dans les titres III et IV) est le cœur même du traité de Maastricht. C'est lui qui établit l'Union économique et monétaire, la citoyenneté européenne, les nouveaux pouvoirs du Parlement européen, et j'en passe. Quelle que soit l'imagination des juristes, il ne sera pas aisé de surmonter cet obstacle dans le respect du droit communautaire comme dans celui des droits de chacun des Etats et des peuples membres de la Communauté.

Reste l'hypothèse, publiquement évoquée dans certains cercles, que le Danemark se retire volontairement des traités de Rome et de Paris, pour se replier sur l'Association européenne de libre échange et l'Espace économique européen... Réduites à onze pays, les Communautés pourraient être amendées à onze. J'espère de tout cœur que cette disgrâce pourra être évitée tant au Danemark qu'à la Communauté toute entière.

Ces quelques considérations montrent toutefois qu'il n'est pas déraisonnable de poursuivre l'investigation sur ce que pourra être «après Maastricht» dans le fonctionnement des Communautés.

1. Renforcer la légitimité démocratique de l'Union et rendre plus efficaces les institutions étaient deux des objectifs proposés par le président Mitterrand et le chancelier Kohl, dans leur lettre du 19 avril 1990 au président du Conseil européen, où ils demandaient que soient lancés les travaux préparatoires à une conférence intergouvernementale sur l'Union politique. Au Conseil européen de Rome (13 et 14 décembre 1990), c'est sur la «légitimité démocratique» que l'attention de la Conférence est principalement appelée dans les «conclusions de la présidence» et c'est sur elle (c'est-à-dire sur le rôle et les pouvoirs du Parlement) qu'ont porté la plus grande partie des discussions institutionnelles, y compris dans les négociations finales de Maastricht. Quelques pas – modestes – ont été cependant faits également vers une plus grande efficacité du système.

Le résultat des négociations est un ensemble complexe de règles nouvelles. Comme cela a été le cas pour l'Acte unique européen, l'interprétation qu'en donneront les institutions et les nouveaux comportements qui en résulteront seront décisifs dans l'appréciation finale du traité de Maastricht. Je voudrais essayer ici d'anticiper, compte tenu des expériences passées, ce que pourraient être ces comportements, en vue de mieux évaluer la portée politique de ces changements institutionnels. Dans cette recherche, j'essaierai aussi de tenir compte d'une des singularités du nouveau traité. Sur bien des points de première importance, ce sont des signaux politiques pour l'avenir qu'il contient, plutôt que des engagements précis. Les dispositions sur la (future) défense commune ou défense européenne en sont un remarquable exemple. Certaines des nouvelles dispositions institutionnelles, nous le verrons, devraient également être interprétées comme signaux politiques, comme annonce des développements de demain. N'est-il pas, dès à présent, prévu qu'une nouvelle conférence intergouvernementale devra se tenir en 1996?

Sans sous-estimer l'importance d'autres nouveautés institutionnelles (sur la Cour de justice, la Cour des comptes, le Comité économique et social ou le nouveau Comité des régions, par exemple), je voudrais me limiter ici aux principales dispositions qui concernent les trois institutions proprement politiques (le Parlement, le Conseil et la Commission) et leurs rapports mutuels, et je n'entrerai pas dans l'examen détaillé des singularités ou des anomalies (juridiques ou politiques) qui parsèment les textes du traité et de ses annexes.

Pouvoirs législatifs du Parlement européen

2. L'introduction de la codécision dans le processus législatif de la Communauté et l'extension des cas où l'avis conforme du Parlement est requis avant que le Conseil décide étaient les revendications majeures du Parlement et ces mesures étaient citées en bonne place dans les «conclusions» du Conseil européen de Rome. Elles sont restées des points sensibles pendant toute la négociation, jusqu'à l'arbitrage final des chefs d'Etat ou de gouvernement.

3. La conséquence immédiate de ces discussions ardues est l'extraordinaire complexité du compromis final et les prudences ou réticences de forme qui l'entourent. La codécision est bien introduite (nouvel article 189B), mais sans que la dénomination elle-même soit retenue. Le traité fait seulement référence à la «procédure de l'article 189B». Corrélativement, la procédure de coopération introduite par l'Acte unique perd sa dénomination... Il n'est plus fait référence, dans les textes, qu'à la «procédure de l'article 189C»... Singulière manière de capter l'attention du citoyen et de faciliter la compréhension du processus communautaire !

4. Quant au fond, le cœur de la procédure de codécision est, après une première lecture (proposition de la Commission, avis du Parlement, délibération du Conseil) qui a permis au Conseil d'arrêter une «position commune», la mise en place d'un Comité de conciliation paritaire (Parlement, Conseil, avec participation de la Commission). Celui-ci a pour mission d'aboutir à un «accord sur un projet commun», à la majorité qualifiée des membres du Conseil et à la majorité des représentants du Parlement, projet commun qui doit être ensuite approuvé par les deux institutions (majorité absolue des suffrages exprimés pour le Parlement, majorité qualifiée pour le Conseil).

Cette procédure équilibrée était bien acceptée par le Parlement. Dans le souci de limiter les risques de blocage, la Conférence l'a alourdie – et largement faussée – en stipulant qu'en cas d'absence d'accord dans le Comité de conciliation, le Conseil pourra arrêter définitivement (à la majorité qualifiée) l'acte en cause en confirmant sa position commune (éventuellement assortie d'amendements du Parlement), sauf si le Parlement le rejette à la majorité absolue de ses membres. L'introduction de cette «troisième lecture» s'est heurtée à une opposition résolue du Parlement, dont la Conférence n'a pas tenu compte.

5. Par contre, le Parlement a obtenu une satisfaction (partielle) en ce qui concerne le champ d'application de la procédure nouvelle, qui couvre un nombre étendu de dispositions du traité (une quinzaine), parmi lesquelles figurent notamment celles relatives à la mise en place et à la gestion du marché intérieur (articles 100A, 49, 54, 56 et 57) et aux nouvelles compétences attribuées à la Communauté: éducation, culture, santé, protection des consommateurs, réseaux transeuropéens (articles 126, 128, 129, 129A, 129D). La codécision est également introduite pour le programme-cadre de recherche et de développement (article 130I) et, dans une mesure limitée, en matière d'environnement (article 130S(3)).

6. L'avancée résultant de la procédure de codécision est renforcée par une extension des cas où l'avis conforme du Parlement est requis. L'Acte unique avait introduit cette nouvelle procédure, en la limitant toutefois aux adhésions et aux accords d'association. Le Parlement en avait largement profité pour faire valoir ses vues de politique extérieure (accords avec Israël, avec le Maroc, avec la Syrie). Le traité de Maastricht étend la procédure à des domaines nouveaux, comme, par exemple, l'exercice du droit de séjour dans la Communauté (article 8A(2)), les fonds à finalité structurelle (article 130D), la procédure d'élection des membres du Parlement (nouvel article 138(3)), les modifications du statut de la Banque centrale européenne (article 106(5)). En outre, en matière d'accords internationaux, l'avis conforme du Parlement sera nécessaire pour un nombre important de cas, au-delà de ceux visés à l'article 238 (cf. nouvel article 228(3)). Par contre, le Parlement n'a pas obtenu l'avis conforme pour les modifications du traité (article N(1)) et les ressources propres (article 201).

7. Ces dispositions, malgré la complexité des procédures dont elles sont entourées, font incontestablement accéder le Parlement, pour la première fois, à un véritable pouvoir législatif. Un nombre significatif d'actes importants de la Communauté ne pourront être pris, du fait de la codécision et de l'avis conforme, qu'avec l'accord explicite du Parlement ou du moins sa non-opposition. Il s'agit d'un saut qualitatif par rapport à la situation antérieure, celle du traité de Rome comme celle de l'Acte unique, où le Conseil gardait le dernier mot. Le fait que les actes adoptés par la procédure de codécision (article 189B) devront être signés et par le président du Parlement et par le président du Conseil (article 191B(1)) sanctionne cette novation.

8. Cette avancée institutionnelle améliore-t-elle pour autant la «légitimité démocratique» de la Communauté? Si on ne peut que se féliciter d'une intervention croissante des élus du peuple dans le processus législatif, est-il besoin de rappeler que la transparence de ce processus est un élément essentiel du contrôle des élus par leurs électeurs? Or, contrairement à toute attente, le traité de Maastricht a rendu ce processus plus opaque encore, par la complexité des procédures qu'il a établies (elles n'ont été que très sommairement décrites ici), encore renforcée par des exceptions ou des règles spéciales pour certains domaines (comme la recherche et l'environnement).

Le Parlement aura donc fort à faire pour que les citoyens européens soient conscients de ce qui aura été son rôle et son impact dans l'élaboration et l'adoption d'un acte communautaire. Ce sont les cas de «troisième lecture» qui sont, à cet égard, les plus préoccupants. Les parlementaires font en effet valoir, avec quelque raison, qu'ils se trouveront pratiquement placés devant un fait accompli dans le cas où le Conseil confirmerait sa «position commune». Non seulement il sera difficile de réunir une majorité absolue pour rejeter la conclusion du Conseil, mais l'«image de marque» du Parlement s'en trouvera détériorée s'il apparaît comme l'institution qui bloque ou qui rejette la législation et non comme celle qui l'élabore et l'amende.

9. L'ingéniosité dont le Parlement a fait preuve dans la mise en œuvre de l'Acte unique donne à espérer qu'il pourra, au moins partiellement, surmonter ces obstacles. Actuellement, les parlementaires s'orientent vers la conclusion d'un «accord interinstitutionnel» entre Parlement et Conseil avec le concours de la Commission, qui interpréterait les règles nouvelles dans le sens d'une ouverture vers le Parlement et étendrait même le champ d'application de la codécision ou de l'avis conforme, par un engagement politique du Conseil d'y avoir recours au-delà de ce qui est spécifié dans le traité de Maastricht. Les chances de succès d'une telle démarche me semblent bien limitées. Des arrangements sont certes intervenus avec le Conseil dans la gestion de l'Acte unique, mais leur portée a été limitée à des questions de procédure, et il est plus que douteux que les gouvernements acceptent, dans un proche avenir, de revenir sur des limitations qui ont été délibérément introduites pour parvenir (difficilement) au compromis.

10. Par contre, il est probable que le Parlement renforcera son règlement intérieur, pour que les autorités du Parlement (président, bureau, bureau élargi, groupes politiques, etc.) gardent un strict contrôle sur le déroulement de la procédure de codécision. La commission de règlement a déjà mis ces changements à l'étude. La stricte discipline déjà introduite pour la gestion de la procédure de coopération à la suite de l'Acte unique a été efficace: limitation des amendements recevables en deuxième lecture, séances réservées aux votes, renvois en commission pour faire pression sur l'exécutif, etc. C'est aujourd'hui le bon fonctionnement du comité de conciliation qui devrait en être l'objet principal.

Enfin, le Parlement voudra limiter, voire exclure, les cas de «troisième lecture». La Commission sera sans doute l'objet de pressions vigoureuses pour qu'elle prenne un engagement formel de retirer ses propositions en l'absence d'accord dans le comité de conciliation (ce qui paralyserait le Conseil) ou tout au moins pour qu'elle procède cas par cas à un tel retrait. Les nouveaux rapports que le traité de Maastricht établit entre Parlement et Commission (nous les examinerons plus loin, paragraphe 14) devraient conduire la Commission à tenir compte des exigences du Parlement bien plus que dans le passé.

11. Quelles que soient les améliorations que le Parlement pourra obtenir dans l'application des textes, toutes leurs imperfections ne seront pas surmontables. Mieux vaut, pour en apprécier la portée réelle, les considérer comme un signal politique, et même un signal politique fort. Lorsqu'ils acceptèrent l'élection du Parlement au suffrage universel, dans les années soixante-dix, les gouvernements avaient spécifié que cela n'entraînerait aucune modification de son rôle et de ses pouvoirs. Dix ans après, avec l'Acte unique, le Parlement se trouvait profondément associé au processus législatif (avis conforme et procédure de coopération). Cinq ans plus tard, il va accéder au pouvoir législatif. Il y a là une dynamique de renforcement des pouvoirs du Parlement, que la prochaine révision des traités ne pourra que continuer, en 1996 ou avant cette date.

Le Parlement et la Commission

12. Le traité de Maastricht introduit un changement majeur dans les rapports entre le Parlement et la Commission. Là encore, l'intervention du Conseil européen lui-même a été nécessaire pour donner leur pleine force aux dispositions retenues, qui avaient fait l'objet de demandes pressantes du Parlement.

Il s'agit d'abord de la procédure de nomination de la Commission. Le traité prévoit (nouvel article 158(2) 1^{er} alinéa) que le président de la Commission est désigné par les gouvernements après consultation du Parlement tout entier. Depuis que le Parlement était élu au suffrage universel, la pratique s'était établie que le bureau élargi du Parlement entende le président désigné et discute ses orientations politiques. Les modifications sont considérables. D'une part, la consultation intervient *avant* la désignation formelle du président et elle doit donner lieu à un débat en séance plénière, sans doute après audition du président pressenti par le bureau ou une commission spéciale. D'autre part, même s'il s'agit d'une simple consultation, on voit mal les gouvernements procéder à la désignation d'un président «pressenti» qui aurait fait l'objet d'un avis défavorable du Parlement.

La suite de la procédure confirme cette interprétation. Il est en effet stipulé (article 158(2) 3^e alinéa) que le président désigné et les autres membres de la Commission (désignés en consultation avec le président) «sont soumis, en tant que collège, à un vote d'approbation du Parlement européen». Dans le passé, le Parlement avait obtenu que la Commission se présente très rapidement devant lui, mais seulement après son entrée en fonction, pour lui soumettre les grandes lignes de son programme. Cela conduisait à une sorte de «vote de confiance». Bien que non dépourvue de signification politique, cette procédure gardait un caractère assez formel. Le vote d'approbation, le débat qui le précédera, la motion qui l'accompagnera auront une toute autre portée. C'est le vote d'approbation du Parlement qui sera l'élément décisif pour la nomination de la Commission, même si cette nomination résulte encore du commun accord des Etats membres, qui ne sera donné qu'après l'approbation du Parlement.

13. L'intervention du Parlement dans le processus de nomination est considérablement renforcée par une autre mesure, technique en apparence, mais de substantielle portée politique en réalité. A partir de janvier 1995 (c'est-à-dire après le renouvellement quinquennal du Parlement, qui sera intervenu en juin 1994), le mandat de la Commission coïncidera avec celui du Parlement, sous réserve d'un décalage de quelques mois. Cela résulte d'une combinaison d'articles et de mesures: le mandat de la Commission est porté à cinq ans (nouvel article 158(1)), mais celui de la prochaine Commission, qui débutera en janvier 1993, sera limité à deux ans, jusqu'au 6 janvier 1995 (article 158(3)). En cas de censure, le mandat de la nouvelle Commission est limité à

la durée du mandat encore à courir de la Commission censurée (complément à l'article 144).

14. Un véritable encadrement politique de la Commission est ainsi réalisé, et cela aura des conséquences importantes, plus encore peut-être pour la Commission que pour le Parlement. Le «vote d'approbation» du Parlement a le caractère d'une élection. Il y aura donc rupture avec la situation présente d'une Commission «nommée», dont le caractère politique est souvent mis en cause. La Commission aura été «élue» sur la base d'un programme et, pendant toute la durée de son mandat (mis à part les six derniers mois), le Parlement qui l'a élue sera à même de contrôler son action, c'est-à-dire l'exécution des engagements pris. Un vote de censure éventuel prendrait, dès lors, son plein sens. Et, comme le Parlement intervient désormais dans la nomination de la Commission, un tel vote devrait conduire à la désignation d'un nouveau collège correspondant aux orientations du Parlement. Le risque que comportaient les dispositions antérieures – que les gouvernements, après une censure, renomment à peu près les mêmes personnes – est maintenant exclu. Or, c'était l'un des facteurs à l'origine du non-recours à la censure depuis quarante ans.

15. Après 1995, quand l'ensemble des dispositions ci-dessus (codécision, avis conforme, nomination de la Commission) auront été pleinement utilisées ou mises en vigueur, le Parlement renouvelé (en juin 1994) et la nouvelle Commission auront l'un et l'autre une stature politique bien plus forte que celle que nous connaissons aujourd'hui. Le caractère politique de la nomination (ou plutôt de l'élection) de la Commission et l'octroi de pouvoirs véritables au Parlement conduiront à établir entre Parlement européen et Commission un nouveau type de rapports, devenus plus semblables aux relations Parlement-gouvernement. Cette transformation s'ajoutera à celle des rapports entre Parlement européen et Conseil, conséquence de la procédure de codécision. Le dialogue Parlement-Conseil sera ainsi appelé à prendre une importance croissante, au détriment du dialogue Commission-Conseil qui caractérise aujourd'hui le fonctionnement de la Communauté.

La Commission

16. La Commission a été sur la défensive pour maintenir son droit quasi exclusif de proposition, tant dans la conférence sur l'Union monétaire que dans celle sur l'Union politique. Elle a dû accepter des aménagements qui, sans le remettre complètement en cause, en limitent l'étendue.

C'est tout particulièrement le cas dans l'Union économique et monétaire, où, pour nombre de mesures, le Conseil est appelé à décider, non plus sur proposition, mais sur *recommandation* de la Commission (ce droit de

«recommandation» étant parfois partagé avec la Banque centrale européenne). Cela vise des décisions importantes et sensibles, comme, par exemple, les orientations de politique économique des Etats membres et de la Communauté (nouvel article 103(2) et (4)), les mesures à prendre en cas de déficit budgétaire excessif d'un Etat membre (article 104C), la modification des cours centraux de l'écu (article 109), l'accomplissement des conditions pour le passage à la monnaie unique (article 109J et K), etc. Cette procédure était déjà prévue dans le traité de Rome, mais dans un nombre très limité de cas (par exemple, concours mutuel (article 108), négociations en matière de politique commerciale (article 113)). Dans le cas d'une simple recommandation, la liberté de manœuvre du Conseil est bien plus grande: il peut décider à la majorité qualifiée, même s'il s'écarte de la recommandation.

17. Vis-à-vis du Parlement, la Commission a dû renoncer à ce que les prérogatives qu'elle avait obtenues dans la procédure de coopération soient étendues à la procédure de codécision. Dans la procédure de coopération, au cours de la seconde lecture, le Conseil ne peut adopter à la majorité qualifiée que les amendements du Parlement repris par la Commission. Dans la procédure de codécision, les modifications adoptées par le Comité de conciliation sont soumises directement au Conseil et au Parlement, quelle que soit la position de la Commission à leur égard.

18. Par contre, la Commission a pu éviter que, pour les matières relevant de la Communauté, les Etats membres ou le Parlement aient un droit d'initiative. La Conférence s'en est tenue aux dispositions de l'article 152 (possibilité pour le Conseil de demander à la Commission de lui soumettre une proposition), droit qui a été étendu au Parlement (article 138B). Pour certaines des matières relevant de l'Union économique et monétaire, une telle demande peut être également adressée par un Etat membre. La Commission a également pu faire écarter une demande tendant à limiter son droit de modifier (et donc de retirer) une proposition à tout moment du processus législatif. Ce droit est confirmé à l'article 189A(2).

19. Ce sont donc les nouveaux rapports de la Commission avec le Parlement qui sont les seuls changements significatifs de la position institutionnelle de la Commission. Il ne faut cependant pas négliger les indices d'un début de dégradation des relations Commission-Conseil, dont témoignent les hésitations que plusieurs délégations dans la Conférence paraissaient avoir sur l'impartialité ou le sens des responsabilités de la Commission dans l'exercice de son droit de proposition. Il est symbolique que la Conférence ait tenu en même temps à fixer dans le traité lui-même (nouvel article 151(2)), la position du secrétaire général du Conseil, définie jusqu'ici dans le seul règlement intérieur. Les mérites éminents de l'actuel secrétaire général justifiaient une telle décision. Elle est aussi la consécration du rôle que le secrétaire général est de plus en plus appelé à jouer, en soutien de la présidence du Conseil, dans l'élaboration et la formulation des compromis qui

permettent au Conseil de conclure. La présidence, plus médiatique, se substitue ainsi à la Commission, souvent avec la complicité de celle-ci.

La personnalité du président ou des membres de la Commission peut conduire à renverser cette dérive des rapports Commission-Conseil. La nouvelle relation Parlement-Commission influera également, dès 1995 et peut-être avant cette date, sur les rapports devenus traditionnels entre Commission et Conseil. Tout cela devrait mériter une réflexion attentive de la Commission, dans la perspective de la révision de 1996.

Le Conseil européen

20. L'étendue actuelle des pouvoirs du Conseil est telle que toute révision institutionnelle ne peut que signifier un transfert de pouvoirs à d'autres institutions ou l'introduction de procédures plus contraignantes dans l'exercice des pouvoirs du Conseil. C'est bien la conséquence des changements qui intéressent le Parlement (codécision, avis conforme). A cet égard, la limitation du droit de proposition de la Commission (recours aux recommandations, cf. paragraphe 16) est une exception assez remarquable.

21. La nouveauté la plus intéressante est la légalisation du rôle du Conseil européen. Certes, celui-ci avait été expressément cité dans l'Acte unique européen (article 2), mais il ne s'agissait que de confirmer sa composition et la périodicité de ses réunions. Le traité de Maastricht fait du Conseil européen un organe de l'Union (article D) et en précise la fonction: «donner à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définir les orientations politiques générales». En outre, il confie expressément au Conseil européen plusieurs décisions de première importance, comme notamment d'arrêter les orientations générales de la politique extérieure et de sécurité commune (article J3(1) et J8(1)) et les grandes orientations des politiques économiques des Etats membres et de la Communauté (article 103(2)). On notera qu'il est également fait recours à des décisions du Conseil «réuni au niveau des chefs d'Etat ou de gouvernement», par exemple, pour le passage à la troisième phase de l'Union économique et monétaire (article 109(3) et (4)) ou pour l'admission dans l'Union monétaire d'Etats membres qui ont initialement fait l'objet de dérogation (article 109K(2)). Les nominations des membres du directoire de la Banque centrale européenne et du président du Conseil de l'Institut monétaire européen sont faites par les gouvernements des Etats membres «au niveau des chefs d'Etat ou de gouvernement». La Conférence n'a pas cherché à établir une cohérence entre cette procédure et celle applicable au président et aux membres de la Commission.

Certaines de ces dispositions apparaissent comme politiquement fondées. D'autres ont un caractère plus anecdotique. Les unes et les autres n'apportent

pas de changements substantiels à ce qui était jusqu'ici la pratique du Conseil européen dans les moments décisifs de la vie communautaire. Au mieux, elles codifient cette pratique.

Amélioration de l'efficacité des institutions

22. La récolte est maigre dans ce domaine. La Commission et le Parlement avaient demandé une forte réduction du nombre des cas où le Conseil serait encore appelé à statuer à l'unanimité (dans les affaires communautaires), de manière à les limiter aux seules questions constitutionnelles ou quasi constitutionnelles (modification du traité, adhésion de nouveaux membres, ressources propres, etc.). Ils n'ont pas été suivis. Ce n'est guère que dans quelques-unes des matières nouvelles (éducation, santé, consommateurs, réseaux transeuropéens, par exemple) que des décisions majoritaires du Conseil sont prévues, parfois avec recours à la procédure de codécision. Il ne faut donc pas s'attendre à un changement des procédures internes et des méthodes de travail du Conseil dans ce domaine.

23. La Commission avait également demandé, dans un souci d'efficacité, que le Conseil renonce à avoir recours à des comités de représentants des Etats membres, pour assister (ou plutôt contrôler) la Commission quand il confère des pouvoirs à celle-ci, ou au moins qu'il privilégie le recours à de simples comités consultatifs. Elle n'a pas pu obtenir satisfaction. Les dispositions en cause (article 145) sont restées inchangées.

24. De même, la Conférence a renvoyé à plus tard une décision sur une réduction du nombre de membres de la Commission. Avec dix-sept membres la Commission est devenue aujourd'hui une institution au fonctionnement relativement lourd, et un accroissement du nombre des commissaires, à la suite de l'admission de nouveaux pays, porterait atteinte à son efficacité. Cette question devrait être réexaminée après l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, dans la perspective des prochains élargissements. Le nombre des pays intéressés (même si les seuls pays de l'Association européenne de libre échange sont pris en considération dans une première période) devrait rendre indispensable une révision des règles de fonctionnement, voire de la structure même des institutions. Le Parlement européen s'est déjà exprimé avec force là-dessus, tandis que les réticences des gouvernements sont manifestes.

25. En conclusion, le traité de Maastricht, malgré ses complexités et ses insuffisances, modifie substantiellement une grande partie du paysage institutionnel de la Communauté. Dans des circonstances «normales», celles qui prévalaient avant 1989, il aurait pu être salué comme une avancée majeure sur la voie de l'union ou de la fédération européenne.

Est-il possible de le dire encore aujourd'hui, alors que la Communauté et ses Etats membres sont confrontés avec le défi immense de l'écroulement de l'Union soviétique, de la libération des pays de son ancien glacie et de la reconstruction de toute cette partie du monde? Un des aspects de ce défi est l'afflux des demandes d'adhésion à la Communauté. Un autre aspect, bien plus important, est la contribution que l'Europe devrait pouvoir apporter à l'établissement de structures démocratiques, respectueuses des droits de l'homme (notamment des minorités) et économiquement viables dans cet immense espace jusqu'à l'océan Pacifique. Les négociateurs de Maastricht ont délibérément voulu ignorer ces problèmes. Ont-ils eu vraiment raison de vouloir, comme dans le passé, «laisser du temps au temps»?

Biography

Sir Leon Brittan was born on 25 September 1916. He was educated at Haberdashers' Aske's school, Chesham and Yale. He was called to the Bar in 1942, became a Queen's Counsel in 1950 and a Bencher of the Inner Temple in 1961. He was knighted in 1982.

In 1974 he entered Parliament as Member for Cleveland and Walsby, leading various campaigns as a member of the opposition, following the general election in 1979.

He became Minister of State for the Home Office in 1981, Secretary of State for the Home Office in 1982, Secretary of State for the Environment in 1983, Secretary of State for Trade and Industry from 1983 to 1985.

In 1985, following the resignation of Margaret Thatcher, he stood as MP for Rushmore, but was not elected. He was elected as a Member of the House of Lords in 1988.

Sir Leon was a member of the European Commission from 1989 to 1992. He was a member of the House of Lords from 1988 to 1992. Since January 1993 he has been responsible for External Relations Affairs and Trade Policy.

Sir Leon was appointed Chancellor of the University of Exeter in the Spring of 1993. He reads an Honorary Doctorate from Edinburgh, Newcastle, Hull, Bradford, and Durham. He is also a member of the Council of the British Academy.

Robert Schuman Lecture

Subsidiarity in the Constitution of the European Community

by

SIR LEON BRITTAN

The first of these is the fact that the Commission has not yet been able to establish a common law of the Community. This is due to the fact that the Commission has not yet been able to establish a common law of the Community. This is due to the fact that the Commission has not yet been able to establish a common law of the Community.

The second of these is the fact that the Commission has not yet been able to establish a common law of the Community. This is due to the fact that the Commission has not yet been able to establish a common law of the Community. This is due to the fact that the Commission has not yet been able to establish a common law of the Community.

Robert Schuman Lecture

The third of these is the fact that the Commission has not yet been able to establish a common law of the Community. This is due to the fact that the Commission has not yet been able to establish a common law of the Community. This is due to the fact that the Commission has not yet been able to establish a common law of the Community.

Subsidiarity in the Constitution of the European Community

BY

SIR LEWIS BRITAIN

Biography

Sir Leon Brittan was born on 25 September 1939. He was educated at Haberdashers' Aske's School, Cambridge and Yale. Sir Leon was called to the Bar in 1972, became a Queen's Counsel in 1978 and a Bencher of the Inner Temple in 1983. He was knighted in 1989.

In 1974 he entered Parliament as Member for Cleveland and Whitby, holding various posts as a member of the opposition. Following the general election in 1979, Sir Leon was appointed Minister of State at the Home Office. In 1981 he joined the Cabinet as Chief Secretary to the Treasury, became Home Secretary in 1983 and was Secretary of State for Trade and Industry from 1985 to 1986.

In 1983, following boundary changes, Sir Leon was elected MP for Richmond, North Yorkshire, which he retained until he took up his present post in Brussels.

Sir Leon Brittan has been Vice-President of the Commission since 1989. He had responsibility for Competition Policy and Financial Institutions until the end of 1992. Since January 1993 he has been responsible for External Economic Affairs and Trade Policy.

Sir Leon was appointed Chancellor of the University of Teesside in the Spring of 1993. He holds an honorary doctorate from Edinburgh, Newcastle, Hull, Bradford and Durham Universities.

Principal Publications

The Conservative Opportunity (contributions)

Millstones for the Sixties (jointly)

Rough Justice

Infancy and the Law

How to Save your Schools

A New Deal for Health Care (1988)

Defence and Arms Control in a Changing Era (1988)

'Europe: Our Sort of Community' (1989 Granada Guildhall Lecture)

'Discussions on Policy' (1989)

'Monetary Union: the issues and the impact' (1989)

Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, University of Cambridge (1990)

'European Competition Policy' (1992)

Biography

Sir Leon Brittan was born on 22 September 1938. He was educated at Haberdashers' Aske's School, Cambridge and Yale. Sir Leon was called to the Bar in 1962, became a Queen's Counsel in 1975 and a Honorary of the Inner Temple in 1983. He was knighted in 1972.

In 1974 he entered Parliament as Member for Cleveland and Widdy, holding various posts as a member of the opposition. Following the general election in 1979, Sir Leon was appointed Minister of State at the Home Office. In 1981 he joined the Cabinet as Chief Secretary to the Treasury, became Home Secretary in 1983 and was Secretary of State for Trade and Industry from 1985 to 1988.

In 1983, following boundary changes, Sir Leon was elected MP for Richmond, North Yorkshire, which he retained until he took up his present post in Brussels.

Sir Leon Brittan has been Vice-President of the Council since 1987. He had responsibility for Competition Policy and Fair and Free Trade until the end of 1992. Since January 1993 he has been responsible for Internal Economic Affairs and Trade Policy.

Sir Leon was appointed Chancellor of the University of Twente in the Spring of 1993. He holds an honorary doctorate from Edinburgh, Newcastle, Hull, Bradford and Bohemian Universities.

Principal Publications

- The Conservative Government (continuing)
- Millions for the Sixties (1967)
- Rough Justice
- Infancy and the Law
- How to Save your Schools
- A New Deal for Health Care (1983)
- Efficiency and Mass Control in a Changing Era (1983)
- 'Europe: Our Son of Community' (1989 Geneva Golfball Lecture)
- 'Discussions on Policy' (1989)
- 'Monetary Union: the issues and the impact' (1989)
- Historic Landmarks Memorial Lecture, University of Cambridge (1990)
- 'European Competition Policy' (1993)

Subsidiarity in the Constitution of the European Community

The Danish referendum has demonstrated, both in Denmark and in the reaction that it has provoked in other areas of the Community, the sensitivity of the relationship between national sovereignty and European integration. Even more importantly, it has brought sharply home something that the Community institutions and national governments have long sensed but have evidently failed to overcome: if the process begun by Robert Schuman is to be successfully completed, public opinion needs to be carried along as Europe evolves.

There are those who argue that this can best be achieved through the centralization of greater power at the Community level, through the creation of a Social Europe, a citizens' Europe, or through a rapid increase in the powers of the European Parliament to reduce the 'democratic deficit' and to bring the Community closer to its citizens.

I believe that we must be constantly aware of the need to maintain diversity and respect for national and regional pride within the developing Community. The political, legal, cultural and social differences between the many and varied regions of the Community are amongst its greatest strengths and of primary importance to its citizens. To lose sight of this in the process of integration will jeopardize the very process of integration itself. That is by no means to say that the tide of European integration has reached its high-water mark. We must press on with spirit and ambition where Europe, and decisions at the European level, bring a real added value for individuals as well as for the Community as a whole. Equally, however, we must not give people, or, indeed, national Parliaments, the sense that their rights and aspirations are being trampled over in the drive for unity.

Ironically perhaps, the Maastricht Treaty meets these needs, just as the draft Treaty tabled by the Netherlands a few months earlier would have failed them. Maastricht in fact provides the Community with a sound basis for pursuing the work begun by the Paris Treaty, by providing the framework necessary to achieve the aim of integration and common action where necessary, and by introducing new, legally binding restrictions on the scope of Community action where such action would be intrusive and unnecessary. This is why the Treaty remains both valid and important. If the consequences of the Maastricht Treaty, both integrationalist and limitative in nature, are clearly and simply expanded, I believe it will not only be accepted by Europe's population, but also welcomed as a major step in establishing a

sound basis for delimiting the rights and powers exercised at Community and national levels.

It seems likely that the result of the referendum was due less to dissatisfaction with the Treaty itself, than to a failure to explain adequately its consequences. Both the Community institutions and national governments must deal promptly with these issues. Let us look more closely at the effect of the Treaty on the constitutional system of the Community, in terms of both integration and limitation.

On the integration side, the Treaty contains a number of provisions which are both important and ambitious. They are, however, limited to areas requiring by their very nature action at the Community level to produce benefits that cannot be achieved through national action alone. These include responsibilities for environmental protection at the Community level. Air-borne and sea pollution cannot, for example, be successfully regulated by the action of a single Member State. The Treaty also requires that the Community ensure that essential infrastructure, such as transport and telecommunications networks, function at the Community level and are not simply twelve unconnected systems acting in parallel but not in concert. Most importantly, perhaps, it establishes the framework for the creation of a single currency. The potential benefits of a single currency for Europe's citizens are well known and widely accepted. It is self-evident that the creation of a single European currency can only be brought about by action at the Community level.

The new responsibilities conferred upon the Community's institutions by the Maastricht Treaty should not give rise to fears of the creation of a European super-state with a bureaucracy intervening in every aspect of life. They are the minimum powers necessary for the Community to fulfil its proper role: the framework that enables the countries and peoples of the Community to interact successfully and productively with one another.

Meanwhile, however, the Maastricht Treaty contains certain provisions that should reassure those concerned by centralization and the imposition of a harmful European uniformity.

Whilst it is clear that foreign and security policy and judicial cooperation are matters requiring coordinated action, it is clear that significant differences of approach exist across the Community. The Treaty takes the approach, through the creation of the 'three pillar' structure, that the benefits that can be achieved through concerted action at present do not necessarily require the transfer of sovereignty to a supranational institution. It recognizes the need to build from the bottom up and not to seek to impose systems of majority voting in this sensitive area for which the Member States are not at present ready.

Turning now to the crucial concept of *Subsidiarity*, I predict that Article 3b of the Treaty will prove to be one of the most important modifications to

the Community's constitution since 1957. It sets out the limit to the future competences of the Community. It states that:

The Community shall act within the limits of the powers conferred on it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein. In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community.

Any action by the Community shall not go beyond that which is necessary to achieve the objectives of this Treaty.

This article places two restraints on the institutions of the Community: subsidiarity and proportionality. Although these principles already have their place in Community political discourse and law, their inclusion in the text, and the fact that they refer to Community rather than Member State action is, I believe, of great importance. Article 3b places a legally binding limitation on the scope of action of the Community. It applies without caveat, limitation or exception. Once the Treaty has come into effect every single new legislative act of the Community can be held up and judged under this standard. Member States and Community institutions will have the right to challenge Community measures to ensure that they are both proportionate to their objective and that that objective is a legitimate one for the Community to be pursuing.

Although the possibility that the Court of Justice might hold Article 3b to be directly effective evidently exists, the obligation it sets out may not be sufficiently clear and precise to be relied on by individuals before national courts. This is a question that will no doubt provoke much debate and controversy in academic and legal circles before the Court has the opportunity of deciding the issue. There are good reasons for hoping that Article 3b will in due course be declared directly effective. This would provide individuals with direct access to challenge Community actions. The Community's legal and constitutional system has been greatly strengthened by the citizen's involvement in law enforcement and access to the European Court of Justice through the preliminary ruling mechanism of Article 177 EEC. I will follow the debate on the direct effect of Article 3b with interest.

Equally interesting will be the manner in which the Court will interpret Article 3b and apply it in individual cases. The provision is in fact rather general in character and sweeping in impact. Its application to any individual piece of legislation or issue will often involve a difficult analysis. Can, for example, smoking be effectively discouraged and the internal market sustained only through Community action in the form of a ban on tobacco advertising? Or is the only effective way to provide for healthy drinking

water in all Member States the adoption of minimum and enforceable Community standards?

In other words, will Article 3b become part of the panoply of provisions applied by the European Court of Justice in its role as a constitutional Court, scrutinising Community acts for their respect of constitutional norms in substantive and procedural terms? It is too early to provide an answer to this question, but my answer is 'I hope so'.

Perhaps of greater importance, at least in the short term, is the question: 'what effect will Article 3b have on the legislator?'

The purpose of the Article is clear, to act as a restraint on the Community's scope of action. This is clearly of great importance in providing reassurance that the Community will not lead to the disappearance of national identities and customs. If applied properly, it will establish a proper institutional balance between national Parliaments and the Community. I think, therefore, that it is most important that the Commission and the Council demonstrate, on a daily basis, their respect for and compliance with the principle of subsidiarity. This is not simply a question of law; it is also one of the need to take confidence-building measures and to deal frankly with the failure of Community policy presentation shown by the result of the Danish referendum.

The Commission and the Council must therefore abide by both the letter and the spirit of Article 3b. I believe that it is in the interests of the Community that subsidiarity be treated as a guiding political principle as well as a legal restraint. And one of the reasons why I believe that it is important that the Community, in particular the Commission, be seen to be exercising self-restraint is the danger that people perceive the Commission as a body wanting power for its own sake. If the Commission and the Council demonstrate a willingness, indeed a desire, to restrict their activities to those matters that cannot be dealt with adequately at national level, people will be much more ready to allow Community competence and activity to be extended into those areas where they are truly necessary.

The first priority of the Commission is therefore to establish, by its policies and actions, that it is prepared to leave issues adequately dealt with at national level in the hands of the Member States. This requires that the Commission not only ensure that each new act respects the principle of subsidiarity, but also that it examine its existing legislation and, where it finds that it has gone too far or has achieved its original purpose and is no longer needed, propose to the Council that it be repealed. This might be necessary because the scope of the legislation had, *ab initio*, exceeded the legitimate scope of the Community's competence, or because policies and perceptions have developed in such a way that a measure which was originally necessary at the Community level can now be left to national jurisdiction.

In my specific area of responsibility, competition policy, subsidiarity has always played a pivotal role, before its formal enactment in the Maastricht Treaty. The Treaty of Rome makes clear, in Articles 85 and 86, that the Commission must act only where an agreement or practice is liable to have an effect on trade between Member States. Where an anti-competitive agreement or practice has such an effect, Community action will be the only satisfactory way to remedy the cross-border aspects of the problem.

Subsidiarity in practice can be seen particularly clearly in relation to merger control. Mergers with Community-wide effects require Community-wide analysis. The focus of merger control at national level will inevitably be limited to the territory of the country concerned. A merger should only be prohibited if it results in an unacceptable degree of market power on the relevant geographic and product markets. Those markets must be defined according to economic criteria. To look at a merger's effects in a single Member State when its effects and true economic context are Community-wide will lead to incorrect and unreliable decisions.

Furthermore, the importance of fact-finding at the Community level should not be under-estimated. The basis of any analysis of the effects of a merger on competition rests on a determination of the existence of substitutes for the products or services of the merging firms. A regulatory authority must identify the actual and potential competitors of the merging firms to determine the extent of their market power. This requires analysis of a number of structural factors and detailed market research. It is of crucial importance to take into account the views of those directly affected by the merger: potential substitute suppliers for the goods of the merging firms are often situated outside a single Member State, as are potential customers. To limit research into the effects of a merger to a single Member State in such circumstances will lead to incomplete data and thus to unreliable decisions. In this respect, the need for a regulatory body with the mandate and the skills to undertake such tasks is clear. The Commission is simply the only body with the experience, the resources, the languages and the Treaty-based responsibilities to carry out these difficult cross-border analyses.

On the other hand, in cases where the effects of a merger, an agreement or an anti-competitive practice are limited entirely to a single Member State, the problem can be adequately dealt with by that country's competition authority. In such circumstances the Treaty's objective of a 'system of ensuring that competition in the internal market is not distorted' (Article 3(f)), can be attained by measures taken at national level and the Community should refrain from acting.

The Merger Regulation provides an excellent example of how subsidiarity can be put into practice. In the Regulation the allocation of jurisdiction between the Commission and the Member States is clearly based on this principle. Concentrations between companies that meet the thresholds set out

in Article 1 of the Regulation fall within the exclusive jurisdiction of the Commission. The competition authorities of the Member States and not the Commission are responsible for those that fall below the thresholds. The thresholds themselves are designed in such a way that mergers between large undertakings that will usually have economic effects throughout the Community fall under the Regulation. Those between smaller firms which have no or very limited effects in other Member States, on the other hand, fall outside its scope. It is true that the thresholds are too high at present to include in the Community's jurisdiction all concentrations having Community-wide effects, and my department in Brussels is examining carefully at what level the thresholds should be set in order best to reflect their underlying objective. This does not however detract from the fact that the underlying rationale of the thresholds is the subsidiarity principle itself.

Moreover, the Regulation admits that the use of thresholds alone will never guarantee that the principle of subsidiarity is fully respected in every single case. They are a compromise between the need to reflect their underlying objective and the requirement that they be readily understandable and easy to apply in the real world. It is inevitable, therefore, that no matter where the thresholds are eventually set, there will be cases where mergers that have effects throughout the Community fall below them. There will also be cases where mergers that have effects limited to a single Member State nonetheless meet the thresholds.

The Regulation therefore contains two referral provisions. The first of these enables the Commission to refer to a Member State any case that is notified to it but which raises serious competition issues that are limited solely to that Country's territory. The second enables a Member State to refer to the Commission those concentrations below the thresholds that nonetheless have Community-wide effects.

The provision for referral to a Member State has already been considered in individual cases a number of times. I will look at two cases, *Alcatel/AEG-Kabel* and *Tarmac/Steetley*, which prove excellent examples of subsidiarity in practice.

The first case concerned the purchase by Alcatel of AEG's cable business in Germany. The acquisition was notified to the Commission. The Federal Cartel Office in Berlin feared that the merger would create a dominant position for telecommunications cables in Germany. The Commission examined the matter carefully, but concluded that for those products the geographic market on which the impact of the merger needed to be judged was the Community as a whole. Deutsche Telekom already had a Community-wide purchasing policy, and no significant specification requirements existed which would exclude any non-German supplier. We therefore refused to refer this case to Germany, as it was a matter most appropriately dealt with at the Community level.

The *Tarmac/Steetley* case concerned the proposed merger of the building materials interests of two British companies. Although the turnover of the companies in question brought the case within the Commission's jurisdiction, a close examination showed that serious competition issues existed, but were limited entirely to local or regional areas of the United Kingdom. Whilst a risk did exist that the merger would create a dominant position in these areas, for example in the market for bricks in the North-East of England, it would not have had any effect in any other country. The United Kingdom Government requested that the case be referred to it for consideration under domestic competition law. It seemed to me that this was a case where the competition problem raised did not require Community action. The application of national law would guarantee the Treaty's aim of maintaining competitive markets throughout the Community. It was therefore one in which the proper exercise of the subsidiarity principle required that the case be referred to the United Kingdom. For the Commission to have retained the case and attempted to remedy the problems itself would have been the response of an institution intent on expanding its jurisdiction into an area which is the proper responsibility of national government. This would be wholly incompatible with the subsidiarity principle and I therefore had no difficulty in deciding to refer the case to London.

Another excellent example of how subsidiarity can be applied to Community law can be seen in the approach of the Court and the Commission in the field of Article 30.

Cassis de Dijon established the principle of mutual recognition. The strict adherence to this, ensuring that any product marketed in one Member State may be sold in any other subject only to labelling requirements in the interests of consumer protection, guarantees the free movement of goods throughout the Community. Another approach to the same problem could have been harmonization of every last detail of product specification. The blanket application of such an approach would, however infringe the principles of subsidiarity and proportionality, and would lead to the removal of much of the regional diversity of which the Community is rightly proud. For example, the German beer purity law, the *Reinheitsgebot*, originally stated that only beers manufactured from water, hops, yeast and barley may be manufactured and sold in Germany. This excluded many beers brewed in other Member States and constituted a clear infringement of Article 30. The import and sale of such beers had to be permitted. The Community did not, however, require that the prohibition on brewing impure beers in Germany be terminated. Nor did it set about the laborious task of laying down a Community definition of 'beer'. This approach is one that is entirely compatible with the principle of subsidiarity. The Commission acts to ensure that the Communities' fundamental aims are achieved, but does so in a manner that gives each Member State the freedom to make its own choices for its citizens

within the broader framework set by the Community. This is an approach that 'Community watchers' will have seen developing over the last few years. It will no doubt continue to characterize Community action.

Once Maastricht is ratified, subsidiarity will at last have a legal base and develop into an enforceable requirement.

I have already mentioned the need for the Community, and in particular the Commission, to take confidence-building measures. We need to demonstrate that subsidiarity is not just a word, but a fundamental principle which provides a sound basis for the future development of the Community. This means that two approaches are required by the Commission. Firstly, it must show self-restraint. It might, for example, in theory object to the continued existence of the German beer purity law in relation to domestic production because it restricts the right of free establishment enshrined in Article 52 of the Treaty of Rome. It might consider harmonizing beer ingredients for the whole EC. But it would in my view be wrong to do so, because such action would be disproportionate. The Commission must act only when no other adequate way of achieving a Community objective can be found. Moreover, self-restraint alone is not enough. There is a feeling abroad that, irrespective of words and principles such as subsidiarity, the Community is a one-way street. And it is for this reason that I believe that we must build confidence by showing clearly that there can be two-way traffic. We must show that not only individual cases such as *Tarmac/Steetley* may be dealt with at national level, but also where possible and appropriate much wider areas of competence and jurisdiction. The Community must therefore examine which areas of competence can be handed back to national control. I am not making firm proposals today for any areas in which control should be handed back. That would prejudice the examination of this question by the Commission as a whole. I do, however suggest the following examples of areas in which the Commission might consider whether national, rather than Community action, is appropriate:

- The Community has the jurisdiction to set minimum standards for drinking water throughout the Community. It has done so. It has raised consciousness and acted as a catalyst. Might it now be wise to return the competence in this area to national Parliaments?
- Community measures exist that require all Member States to issue passports in the same format. Is this really necessary? Could the same legitimate objective be achieved by mutual recognition, allowing each country, if they so wished, to retain their traditional format?
- More generally, should national authorities and courts not play a far more active role in the enforcement of Community law?

Subsidiarity itself is a two-way street. It requires restraint on the part of the Commission in areas where action at national level would be adequate. It also implies that the Community be given the competence to act in the areas

where common action is necessary. If the Commission can build confidence and a real public perception that it believes that subsidiarity is both a fundamental legal right and obligation and a basic Community policy, then I believe that a greater willingness will also develop to entrust the Community with those powers required for common action, for example in the area of monetary policy.

Conclusion

The referendum in Denmark rejected the Maastricht Treaty because of the feeling that it was part of an inexorable process of a European Community without end. In reality, however, it is nothing of the kind. The Community process is one where sovereign nations choose to act together, through common institutions, to achieve ambitious and important goals which they cannot achieve individually. Article 3b, however, responds to the fears that led to the Treaty's rejection. The real message of Maastricht is that the Community seems to have found, in subsidiarity, a means for its long-term evolution that is both progressive and acceptable to its citizens. When this is fully understood, the European Community will be back on course towards the fulfilment of Robert Schuman's vision. The Danes have now reminded us that nothing should be taken for granted. As Shakespeare said:

one may smile, and smile, and be a villain; At least I'm sure it may be so in Denmark. (Hamlet, I, v, 108-109)

Such suspicions can apply to us all wherever we may be. The Community must now convince its citizens of its sincerity and determination to find the answers to the challenges of our changing world. I am sure that its institutions and leaders have the capacity to do so. Their willingness to take the bold steps now required of them by Article 3b, will help ensure that the Treaty of Maastricht will, in spite of last week's setback, in due course become part of the law of the Community, to the benefit of us all.

what amount of self-determination is necessary. It is the German Democratic Republic's position that the right of self-determination is not a right which can be exercised at will. It is a right which is exercised in the context of the international legal system and is subject to the principles of international law. The German Democratic Republic will continue to support the right of self-determination in the context of the international legal system.

The German Democratic Republic is a sovereign state and has the right to determine its own political system. It is a member of the United Nations and has the right to participate in the international community. The German Democratic Republic is committed to the principles of international law and the right of self-determination.

The German Democratic Republic is a socialist state and is committed to the principles of international law and the right of self-determination. It is a member of the United Nations and has the right to participate in the international community. The German Democratic Republic is committed to the principles of international law and the right of self-determination.

The German Democratic Republic is a sovereign state and has the right to determine its own political system. It is a member of the United Nations and has the right to participate in the international community. The German Democratic Republic is committed to the principles of international law and the right of self-determination.

The German Democratic Republic is a socialist state and is committed to the principles of international law and the right of self-determination. It is a member of the United Nations and has the right to participate in the international community. The German Democratic Republic is committed to the principles of international law and the right of self-determination.

The German Democratic Republic is a sovereign state and has the right to determine its own political system. It is a member of the United Nations and has the right to participate in the international community. The German Democratic Republic is committed to the principles of international law and the right of self-determination.

The German Democratic Republic is a socialist state and is committed to the principles of international law and the right of self-determination. It is a member of the United Nations and has the right to participate in the international community. The German Democratic Republic is committed to the principles of international law and the right of self-determination.

Conférence Winston Churchill

RECHERCHES DE DROIT

Conference Winston Churchill

Biographie

Robert Badinter, 64 ans, marié, trois enfants.

Master of Arts, Columbia University, New York.

Agrégé des sciences de droit.

Professeur de droit à l'université de Paris I (Paris-La Sorbonne).

Avocat au Barreau de Paris, 1971-1987.

Député des Socialistes, élu à l'Assemblée nationale le 16 février 1988.

Président du Conseil constitutionnel depuis le 3 juillet 1995.

Membre - en copie - du Comité directeur de la Ligue des droits de l'Europe.

par

Membre - en copie - du Comité directeur de la Ligue pour le respect de la vie humaine et l'antisémitisme.

ROBERT BADINTER

Militant d'Amnesty International.

Vice-président de la Fondation des étudiants de France.

Publications principales

L'excès du droit, Gallimard, 1973, réédition Grasset, 1983.

Liberté, libertés, Gallimard, 1975.

Conscience, un intellectuel en politique, en collaboration avec Elisabeth Badinter, Fayard, 1988.

Libres et égaux... I. Une République des lois 1789-1791, Fayard, 1989.

La France constitutionnelle, Fayard, 1991.

L'Europe du droit

par

ROBERT BARDIN

Biographie

Rober Badinter, 64 ans, marié, trois enfants.

Master of Arts. Columbia University, New York.

Agrégé des facultés de droits.

Professeur de droit à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

Avocat au Barreau de Paris: 1951-1981.

Garde des Sceaux, ministre de la justice du 24 juin 1981 au 19 février 1986.

Président du Conseil constitutionnel depuis le 5 mars 1986.

Membre – en congé – du Comité directeur de la Ligue des droits de l'homme.

Membre – en congé – du Comité directeur de la Ligue contre le racisme et l'antisémitisme.

Militant d'Amnesty International.

Vice-président de la Fondation du judaïsme français.

Publications principales

L'exécution, Gallimard, 1973, réédition Grasset, 1989.

Liberté, libertés, Gallimard, 1975.

Condorcet, un intellectuel en politique, en collaboration avec Elisabeth Badinter, Fayard, 1988.

Libres et égaux ... L'émancipation des Juifs 1789-1791, Fayard, 1989.

La Prison Républicaine, Fayard, 1992.

Biographie

Rober Babinet, 64 ans, marié, trois enfants
 Master of Arts, Columbia University, New York
 Agence des libertés de droit
 Professeur de droit à l'université de Paris (Paris-1) (1970-1981)
 Avocat au Barreau de Paris 1951-1981
 Garde des Sceaux, ministre de la Justice du 24 juin 1981 au 19 février 1986
 Président du Conseil constitutionnel depuis le 2 mars 1989
 Membre - en congé - du Comité directeur de la Ligue des droits de l'homme
 Membre - en congé - du Comité directeur de la Ligue contre le racisme et l'antisémitisme
 Militant d'Amnesty International
 Vice-président de la Fondation de Judaïsme français

Publications principales

L'exécution, Gallimard, 1973, réédition Grasset, 1989
 Liberté, liberté, Gallimard, 1975
 Conscience et intellectuel en politique, en collaboration avec Elisabeth Babinet, Fayard, 1988
 Libres et égaux... L'émancipation des Juifs 1789-1791, Fayard, 1989
 La Prison Républicaine, Fayard, 1992

L'Europe du droit

I

Depuis l'an de grâce 1989, où la chute du mur de Berlin a fait écho après deux siècles à la prise de la Bastille, l'Europe connaît un moment privilégié de son histoire. Pour la première fois, elle ignore la menace d'impérialismes militaires qui voudraient imposer aux autres nations européennes une domination fondée sur la force des armes. Aucun Napoléon, Hitler ou Staline n'émerge à l'horizon de notre fin de siècle. Pour la première fois, notre continent ne connaît aucun affrontement irréductible entre des mouvements religieux ou idéologiques. Pour la première fois, tous les Etats européens se réclament des mêmes valeurs, celles des droits de l'homme et de la démocratie, et des mêmes règles, celles de l'économie sociale de marché. Jamais donc, dans leur longue et cruelle histoire, les nations européennes n'auront connu pareille chance de construire ensemble une Europe pacifique, prospère et harmonieuse.

Et cependant, tous ceux qui ont – ce qui est mon cas – beaucoup voyagé et beaucoup écouté en Europe centrale et orientale, dans les pays libérés de la gangue du communisme, savent que s'y trouvent enracinées des causes profondes de conflits. Par ce terme, je ne vise pas au premier chef les guerres, ou les opérations militaires, qui sont l'expression paroxystique de l'affrontement entre Etats. Je fais référence à ces multiples différends que l'histoire, y compris les décennies écoulées depuis Yalta, a inscrit dans les rapports entre les Etats et les peuples de l'Europe centrale et orientale et des Balkans. D'abord, les problèmes des minorités, avec leurs multiples aspects, culturels, religieux, linguistiques, éducatifs. Parce qu'elles touchent à l'identité des membres de ces minorités, ces questions revêtent une intensité extrême, dont les passions nationalistes libérées dans feu l'ancienne République fédérale socialiste de Yougoslavie sont la plus saisissante et tragique illustration. Les problèmes de minorités continueront de se poser avec une particulière acuité dans ces parties de l'Europe, puisque la carte des frontières n'y coïncide pas avec celle des peuples, et qu'une histoire tumultueuse et parfois sanglante a marqué les rapports entre des communautés vivant à l'intérieur des mêmes frontières.

S'y ajoutent les questions d'atteintes à l'environnement, de la pollution liée à un système de production archaïque et brutal, qui revêtent souvent une dimension internationale. Egalement les questions soulevées par le nécessaire accès aux sources d'énergie, ou liées à la circulation des personnes et aux migrations de population. Sans oublier les conséquences économiques

et financières de l'insertion forcée de nombre de pays dans le COMECON, et des difficultés liées à la liquidation de cette situation. Et bien d'autres encore, qu'il s'agisse du retrait des troupes étrangères et des indemnisations qui en découlent, ou du partage des bases militaires.

II

Or, mesure prise de la diversité et de l'intensité des différends qui se posent ainsi à l'Est de l'Europe, il faut bien se souvenir qu'il n'y a jamais eu que deux principes de solution des conflits: la force ou le droit. Et la diplomatie, me dira-t-on? Je suis grand admirateur de l'art multiséculaire des diplomates et crois à l'importance et à la nécessité du compromis entre les Etats. Toute la vie internationale en est tissée. Mais si la négociation diplomatique est un facteur décisif et irremplaçable des rapports internationaux, il se trouve que, dans la période actuelle, elle est rendue singulièrement plus difficile et plus aléatoire entre certains Etats de l'Europe centrale et orientale. En effet, dans nombre d'entre eux, une idéologie du XIX^{ème} siècle, le nationalisme, a pris le relais d'une autre idéologie du XIX^{ème} siècle, le marxisme. De façon paradoxale, la conjonction du nationalisme et du parlementarisme que la plupart de ces Etats ont adopté rend plus difficile encore, pour les gouvernements en place, le compromis diplomatique traditionnel. Ils sont en effet exposés à toutes les critiques d'une opposition dont certains membres n'hésiteront pas à pratiquer une surenchère démagogique en dénonçant ce qu'ils appellent une capitulation ou une trahison des intérêts nationaux, en évoquant les péripéties d'une longue histoire chargée de drames avec tel ou tel Etat voisin, en réveillant les passions nationalistes dans ces peuples dont la situation matérielle est difficile, et qui ressentent l'humiliation d'être réduits internationalement à la condition de solliciteurs ou d'assistés.

A cette difficulté première de la classique solution diplomatique directe des conflits, s'en ajoute une autre, lourde de périls pour la construction européenne. Pour résoudre à leur avantage un conflit qui les opposera à un voisin, certains Etats seront enclins à rechercher l'appui d'un autre Etat, dont la puissance économique, le crédit international sinon la force militaire, pourraient leur être d'un secours utile pour amener leur antagoniste à la raison. Et ainsi, tout naturellement, se reconstituera bientôt un réseau d'alliances, ou un système de «clientèle» internationale qui ne pourra que compromettre gravement les progrès de l'Union européenne. Les Etats membres de la Communauté ne pourront en effet à la fois avoir une politique étrangère commune et, en même temps, se trouver, par alliés interposés amenés à prendre des positions opposées sur des différends qui peuvent être graves en Europe centrale et orientale. De telles contradictions por-

tent en elles le risque très grave de voir renaître sous une forme nouvelle les clivages et les tensions de l'Europe de jadis, non celle de 1939 mais celle d'avant 1914, dont l'épicentre historique se trouve à Sarajevo...

III

Face à une telle situation, il est évident que l'Europe ne peut rester passive. Et puisqu'elle ne saurait, d'aucune manière, admettre que revienne sur le Continent le règne de la force, il lui faut assurer le règne du Droit, et instaurer en Europe des institutions aptes à résoudre amiablement les conflits par la conciliation et l'arbitrage international.

L'idée n'est pas neuve. Chacun sait qu'au début du siècle, des esprits généreux et lucides souhaitaient que l'Europe se préservât de l'embrasement qui menaçait en recourant à des juridictions internationales, Cour de Justice de La Haye ou Cour permanente d'arbitrage. Après la guerre fratricide de 1914-1918, de grands Européens voulurent organiser l'arbitrage international dans le cadre de la S.D.N. Leur entreprise ne pouvait cependant réussir, alors que le bolchevisme triomphait en U.R.S.S., le fascisme s'installait en Italie, le nazisme perçait en Allemagne et que l'Europe centrale était en proie aux fièvres du nationalisme et de l'esprit de revanche. Dans un tel climat, où le totalitarisme et le nationalisme se renforçaient mutuellement, l'échec de la S.D.N. était inévitable et interdisait tout progrès de l'arbitrage international. Mais si les tentatives étaient prématurées, l'inspiration était juste et la vision lucide. Il ne peut en effet y avoir de paix durable en Europe ni de progrès assuré de la construction européenne, si les différends entre Etats européens, à défaut d'accords directement négociés, ne sont pas résolus par la voie de la conciliation et de l'arbitrage, dans un cadre institutionnel qui assure aux Etats participants les garanties nécessaires d'impartialité et de respect de leurs droits.

A la nécessité d'instaurer un tel mode de prévention et de solution des conflits entre Etats s'ajoute une autre considération, tirée de l'expérience européenne des dernières décennies. Si les Communautés européennes ont pu s'affirmer et grandir à partir des traités fondateurs, c'est que la Cour de Justice siégeant à Luxembourg a permis de résoudre les conflits entre Etats nés de l'application des traités, et d'unifier leur interprétation au sein de chaque Etat membre. Sans cette instance de solution des conflits, l'entreprise communautaire, et particulièrement la C.E.E., aurait été déchirée par des intérêts nationaux contradictoires qu'elle n'aurait pu surmonter. De surcroît, au-delà de cette fonction régulatrice, il en est une autre, également importante, que la Cour de Luxembourg assume: comme toute grande juridiction, statuant en dernier ressort, elle est créatrice de droit. Le droit communautaire aujourd'hui, ne se résume point à la masse des règlements, di-

rectives, décisions issus des organes communautaires. Il se compose aussi de la jurisprudence de la Cour de Justice.

Il en est de même pour la Cour européenne des droits de l'homme. Qu'enseignons-nous aujourd'hui à nos étudiants à travers tous les pays membres du Conseil de l'Europe, en matière de droits de l'homme, sinon le *corpus juris* issu des décisions de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme appliquant et interprétant la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses protocoles annexes? La Commission et la Cour de Strasbourg ont créé, par leur jurisprudence qui va bien au-delà des principes généraux énoncés dans la Convention, un ensemble cohérent de règles juridiques communes qui font aujourd'hui de l'Europe la région du monde où les droits de l'homme sont le mieux définis et le mieux protégés.

Ainsi la leçon est claire. Toute instance internationale de régulation des conflits est créatrice de principes qui permettent d'instaurer un ordre juridique commun aux Etats participants. Cette création prétorienne du droit est en matière internationale d'autant plus précieuse qu'elle permet de pallier la difficulté inhérente à l'établissement d'instruments conventionnels sur des sujets sensibles. Prenons la question des droits des minorités. Si au niveau de la protection des droits *individuels* de tout membre d'une minorité, des conventions existent (notamment le Pacte sur les droits civils et politiques de l'O.N.U. de 1966 et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme déjà mentionnée), l'établissement en Europe d'une Convention internationale sur les droits *collectifs* des minorités se heurtera à des grandes difficultés. La quasi totalité des Etats européens connaissent des problèmes de minorités et, dès lors, les représentants des gouvernements participant aux négociations garderont présents à l'esprit leurs problèmes intérieurs. Trouver une commune dimension à des situations souvent fort différentes par l'effet de l'histoire, des mouvements de population, des cultures, s'avère fort difficile, et le produit des travaux risque d'être de peu de portée pratique. En revanche, qu'une instance juridictionnelle soit saisie d'un problème concret, par exemple le respect de l'enseignement de la langue d'une minorité dans les écoles publiques d'un Etat, alors il lui faudra rendre une décision applicable à l'espèce, mais fondée sur des principes généraux de droit. Ainsi se forgera, de décision en décision, toujours soumise à la critique des juristes, des politiques et de l'opinion publique, une véritable *common law* européenne qui contribuera à mieux prévenir la naissance de différends dont la solution juridique sera déjà connue.

IV

Si la nécessité en Europe d'un mécanisme de prévention et de solution des conflits apparaît ainsi évidente, une question liminaire se pose: n'existe-t-il point déjà des instances permettant d'y pourvoir? Ce n'est point que les institutions juridictionnelles fassent défaut en Europe. Mais à les analyser de près, aucune n'est apte à assurer la fonction particulière de prévention et de solution des conflits en Europe de façon satisfaisante. La Cour de Justice de Luxembourg voit sa compétence limitée aux Etats membres des Communautés européennes et aux dispositions des traités. La compétence de la Commission et de la Cour de Strasbourg s'étend aux pays membres du Conseil de l'Europe. Mais tous les pays d'Europe centrale et orientale n'y participent pas encore, et n'ont pas ratifié la Convention européenne des droits de l'homme. De surcroît, la fonction primordiale de la Cour de Strasbourg est d'assurer le respect des droits fondamentaux des personnes à l'encontre des Etats membres. Et sa compétence matérielle ne recouvre pas les problèmes de pollution, d'accès aux ressources énergétiques ou les différends d'ordre économique entre Etats. La Cour internationale de Justice de La Haye a vocation à trancher ceux-ci, dans la mesure où les Etats parties ont accepté sa compétence. Mais la complexité de sa démarche procédurale ne lui permettrait pas de résoudre, de façon rapide et selon des procédures très souples, en recourant prioritairement à la concertation, les multiples différends d'inégale importance qui peuvent s'élever dans toute l'Europe, notamment centrale et orientale, entre les Etats. J'ajouterai que la Cour internationale de Justice, qui relève de l'O.N.U. a, par définition, une vocation mondiale. Les principes qu'elle dégage s'inscrivent dans l'ordre public international et revêtent une dimension universelle. Or, s'agissant de conciliation et d'arbitrage entre Etats européens, il est certain que si les solutions acquises doivent être conformes aux principes du droit international public tels que la C.I.J. les consacre, elles répondront nécessairement à la spécificité et aux besoins des peuples européens. L'histoire récente enseigne que la dimension régionale, même étendue à l'échelle d'un continent, d'une instance juridictionnelle favorise grandement ses chances de succès.

Hors les juridictions internationales évoquées, dont nous avons montré à la fois la grandeur et les limites, il existe bien en Europe des instances ou des mécanismes de conciliation et d'arbitrage. Mais, singulièrement, ils n'ont jamais véritablement fonctionné. Ainsi en est-il de la Cour permanente d'arbitrage, créée en 1907, qui est établie à La Haye. Depuis trois quarts de siècle, elle offre aux Etats le cadre de procédures arbitrales «à la carte». Or ce forum est resté quasiment désert depuis soixante ans. Et la tentative faite en 1963 pour accroître sa compétence n'a entraîné aucune saisine. C'est que cette instance ne s'intègre dans le cadre d'aucune organisation internationale dont elle serait le mécanisme régulateur. Et d'autre

part, le défaut de toute obligation pour un Etat de comparaître, même à seule fin de tentative de conciliation, devant la Cour permanente d'arbitrage, lui interdit de prospérer. Ce même défaut affectait la Convention de 1957 du Conseil de l'Europe sur la conciliation et l'arbitrage. Débouchant de surcroît sur la compétence de la C.I.J., elle apparaissait comme un mécanisme subsidiaire de celle-ci et ne pouvait dès lors dépasser son champ d'effectivité. Elle est dès lors demeurée inappliquée et tombée en désuétude.

De ces constatations, l'enseignement doit être tiré. L'Europe d'après 1989 requiert une instance susceptible de prévenir par la conciliation et de résoudre sur la base des principes du droit international les différends de tous ordres qui peuvent s'élever entre les Etats, notamment en Europe centrale et orientale. Une telle institution, pour être efficace, doit avoir une compétence régionale et non mondiale. Elle doit privilégier la conciliation par rapport à la fonction juridictionnelle. Elle doit être légère dans son organisation, rapide dans ses procédures, et ses membres doivent offrir toutes les garanties de compétence et d'objectivité. Elle doit de préférence s'inscrire dans un mécanisme international dont elle sera un des facteurs de régulation et de progrès.

V

Convaincu de ces évidences, je m'en ouvris au printemps de 1991 aux Présidents Mitterrand et Vaclav Havel. Ils m'assurèrent de leur entier soutien. Je m'en entretins ensuite avec M. Genscher à Bonn, qui se montra aussitôt partisan de ce projet, en lui assignant de préférence comme cadre institutionnel la C.S.C.E. Je visitai ensuite, pendant l'été et l'automne de 1991, nombre de chefs de gouvernement et de ministres européens. Je me rendis à Washington. L'accueil fut particulièrement chaleureux en Europe centrale et orientale, et favorable dans la très grande majorité des pays visités. De là est né le projet d'une Cour européenne de conciliation et d'arbitrage dans le cadre de la C.S.C.E. Ce projet, déposé par la France et l'Allemagne, fut retenu par le Conseil des ministres des Affaires étrangères à Prague en janvier 1992. Il a été inscrit à l'ordre du jour de la Conférence d'Helsinki des 9 et 10 juillet 1992. Adoptée par la C.S.C.E., la Convention instituant une Cour européenne de Conciliation et d'Arbitrage a été signée à Stockholm le 15 décembre 1992 par 33 pays. Parmi eux, on compte presque tous les Etats d'Europe centrale et orientale, y compris la Russie, qui sont au premier chef intéressés par la création d'une telle Cour. Aucune preuve de sa nécessité ne pouvait être plus convaincante que cette réaction des Etats les plus directement concernés par une telle instance.

VI

Pour qu'elle réponde à sa finalité, sur quelles bases l'organiser? La Cour comprendra une instance de conciliation obligatoire et une instance d'arbitrage facultatif. Chacun des Etats parties au traité fondateur proposera deux conciliateurs et un arbitre qui devraient être acceptés par les autres Etats. Le Bureau de la Cour sera composé du président, un vice-président et de trois membres également élus. Le bureau désignera pour chaque différend les membres de la Commission de conciliation ou du Tribunal arbitral qui aura à en connaître. Ainsi, l'organisation permanente se réduira à quelques personnes, président, greffier, secrétaires, les autres membres de la Cour n'assumant que des fonctions *ad hoc*. Le budget fixe de l'institution se trouvera de ce fait très réduit, le coût effectif dépendant de l'ampleur des services rendus.

L'instance en conciliation sera obligatoire en ce sens que tout Etat cité par un autre en conciliation, à propos d'un différend entre eux, sera tenu de comparaître. S'il s'y dérobe, la Commission de conciliation procédera en son absence à l'examen du différend, s'informerait dans toute la mesure du possible, et rédigerait un rapport formulant son avis sur la solution la plus équitable du différend. Ce rapport sera adressé aux parties, y compris la partie défaillante, et sera communiqué au Conseil des ministres de la C.S.C.E. Lorsque toutes les parties participeront à la procédure de conciliation, elle se déroulera conformément aux règles de la procédure contradictoire. A la fin de l'instruction, la Commission proposera aux parties un règlement équitable du conflit, respectueux des principes du droit international. Les Etats seront libres de l'accepter ou de le refuser. La liberté des Etats reste ainsi entière.

Pour assurer aux Etats toutes les garanties nécessaires, la Commission de conciliation sera composée d'un membre désigné par chacun des Etats parties, et de membres d'autres nationalités, nommés par le bureau, parmi les autres conciliateurs, en nombre supérieur. Ainsi le nombre minimum de conciliateurs sera au moins de cinq.

Quant à l'instance arbitrale, elle n'interviendra que si les Etats parties au différend en sont convenus par un accord spécial ou s'ils ont souscrit à cet effet à une clause de compétence obligatoire. Sa composition sera comparable à celle de la Commission, mais le nombre d'arbitres, dont la nomination initiale n'émane pas des parties au différend, pourra être augmenté par rapport à la Commission, compte tenu de la complexité de l'affaire. L'arbitrage se déroulera selon les règles de la procédure équitable. La décision sera fondée sur les principes du droit international. Bien entendu, en cours d'arbitrage, une conciliation fondée en équité pourra toujours intervenir si les parties en conviennent. Quant à l'exécution de la décision, elle sera poursuivie par la partie qui l'aura emportée, conformément aux règles

et à la pratique internationales. Dans le concert des puissances européennes, il serait bien surprenant d'ailleurs qu'un Etat participant à la C.S.C.E. n'exécute pas la décision. Ce serait se placer spontanément dans le camp des mauvais joueurs, c'est-à-dire des mauvais risques. Rien de plus mauvais pour le crédit international d'un Etat européen à l'époque où chacun en a le plus grand besoin.

Le projet de traité ajoutait à ces procédures classiques une fonction plus originale. Le cas échéant, le Conseil des ministres de la C.S.C.E. aurait pu demander à la Cour de donner son avis motivé sur un problème juridique relevant de sa compétence, notamment à l'occasion d'un différend entre Etats parties susceptible de compromettre la paix ou l'équilibre en Europe. Cet avis aurait été rendu par une formation *ad hoc* composée exclusivement d'arbitres et présidée par le président de la Cour. Par cette fonction consultative, la Cour aurait ainsi pu jouer le rôle d'une instance chargée de dire les principes juridiques sur lesquels l'action de la C.S.C.E. aurait ensuite pu se fonder. L'introduction d'une telle procédure a dû être abandonnée suite à l'opposition de certains Etats, notamment les Etats-Unis.

Enfin, le traité répond au souci que soit respectée la compétence des juridictions internationales existantes. Il s'agit en effet de créer un mécanisme complémentaire de ceux qui existent déjà en matière de règlement des différends, non de leur substituer un nouveau système. Des clauses d'incompétence ou de litispendance très précises ont été inscrites à cette fin dans le traité.

VII

De ce projet, quelle sont aujourd'hui les chances de succès? Je les crois réelles, même si je mesure les difficultés à surmonter. La principale difficulté, tenant à la règle du consensus qui régit la C.S.C.E., se trouve désormais derrière nous. La Conférence s'est ralliée à la nécessité d'un recours plus systématique à la conciliation. Les Etats-Unis eux-mêmes ont fait adopter à Helsinki en même temps que la Convention une formule simplifiée de conciliation obligatoire. Le fait qu'aucun Etat participant à la C.S.C.E. n'ait manifesté d'opposition irréductible à la signature en son sein d'un traité marque un tournant dans l'évolution de la Conférence et constitue, en soi, un premier succès.

En avril 1993, le protocole financier a été adopté par les instances de la C.S.C.E. et, début 1994, six pays ont déjà ratifié la Convention dont le siège est fixé à Genève. La relative rapidité des ratifications est un second signe encourageant.

J'arrête là ma présentation d'une institution dont il ne dépend plus de mes efforts qu'elle voie le jour. La pesanteur des habitudes et des intérêts nationaux, la divergence des conceptions sur le rôle de la C.S.C.E. et sur la construction européenne peuvent différer sa réalisation. Mais elle verra le jour, car je demeure convaincu de sa nécessité dans l'Europe d'aujourd'hui et de demain. Le tragique contre-exemple de la Yougoslavie suffit à montrer qu'il faut disposer, avant que les conflits ne dégénèrent en affrontements irréductibles, d'instances qui permettent de les résoudre par la voie du droit et de l'équité. Comme président de la Commission d'arbitrage créée par la Conférence de la C.E.E. sur la paix en Yougoslavie, en octobre 1991, j'ai eu l'occasion de mesurer que les mécanismes de conciliation et d'arbitrage ne pouvaient intervenir utilement qu'à la condition de préexister au conflit et de pouvoir être mis en œuvre à la requête d'une des parties dès la naissance du différend, si la diplomatie n'a pu le prévenir ou l'apaiser. Lorsque celui-ci a dégénéré en affrontement violent, *a fortiori* quand les hostilités ont éclaté, le temps de la conciliation et de l'arbitrage est passé, et ne reviendra qu'avec la fin des combats. Paradoxalement, à chaque fois que les nouveaux Etats issus de la dissolution de l'ancienne République fédérale socialiste de Yougoslavie ont envisagé une définition de leurs rapports ultérieurs, ils ont toujours voulu qu'une instance européenne de conciliation et d'arbitrage résolve leurs différends à venir... Hommage de la violence au droit? Ou, plus simplement, prise de conscience que la force ne réglera jamais définitivement les conflits en Europe? A travers cette terrible épreuve, la plus sanglante et donc la plus humiliante qu'ait connu notre continent depuis un demi-siècle, qu'au moins la prise de conscience se fasse plus vive encore que sans un mode de solution amiable et reconnu par tous des différends, l'Europe ne connaîtra pas la paix dans le respect du droit à laquelle ses peuples aspirent.

As the state is a political entity, it is not a mere aggregate of individuals. It is a social organization that has a specific purpose and a certain degree of autonomy. The state is a legal entity that has the power to enforce laws and maintain order. It is a social contract between individuals who agree to give up some of their freedoms in exchange for the protection and benefits provided by the state. The state is a complex organization that has a hierarchy of power and a system of laws. It is a social institution that has a long history and a deep cultural significance. The state is a political entity that has a specific purpose and a certain degree of autonomy. It is a legal entity that has the power to enforce laws and maintain order. It is a social contract between individuals who agree to give up some of their freedoms in exchange for the protection and benefits provided by the state. The state is a complex organization that has a hierarchy of power and a system of laws. It is a social institution that has a long history and a deep cultural significance.

The state is a political entity that has a specific purpose and a certain degree of autonomy. It is a legal entity that has the power to enforce laws and maintain order. It is a social contract between individuals who agree to give up some of their freedoms in exchange for the protection and benefits provided by the state. The state is a complex organization that has a hierarchy of power and a system of laws. It is a social institution that has a long history and a deep cultural significance. The state is a political entity that has a specific purpose and a certain degree of autonomy. It is a legal entity that has the power to enforce laws and maintain order. It is a social contract between individuals who agree to give up some of their freedoms in exchange for the protection and benefits provided by the state. The state is a complex organization that has a hierarchy of power and a system of laws. It is a social institution that has a long history and a deep cultural significance.

The state is a political entity that has a specific purpose and a certain degree of autonomy. It is a legal entity that has the power to enforce laws and maintain order. It is a social contract between individuals who agree to give up some of their freedoms in exchange for the protection and benefits provided by the state. The state is a complex organization that has a hierarchy of power and a system of laws. It is a social institution that has a long history and a deep cultural significance. The state is a political entity that has a specific purpose and a certain degree of autonomy. It is a legal entity that has the power to enforce laws and maintain order. It is a social contract between individuals who agree to give up some of their freedoms in exchange for the protection and benefits provided by the state. The state is a complex organization that has a hierarchy of power and a system of laws. It is a social institution that has a long history and a deep cultural significance.

Cours général de droit communautaire

par

ROLAND BIEBER*
BETTINA KAHIL-WOLFF
et
LAURENCE MULLER

* Les auteurs tiennent à remercier Madame N. Lagrotteria et Mademoiselle B. Sfondylia pour la précieuse aide qu'elles ont apportée à l'élaboration de ce texte.

Table de matières

Introduction	55
I. Homogénéité	57
A. Introduction	57
B. L'homogénéité constitutionnelle à travers le droit	59
1. La cohérence des valeurs	59
2. Les droits fondamentaux	60
3. Les structures constitutionnelles	63
C. L'homogénéité conceptionnelle dans l'espace	66
D. L'homogénéité personnelle par ses acteurs	68
E. Conclusion	71
II. Efficacité	72
A. Introduction	72
B. Efficacité des normes – un problème d'ordre général et une particularité du droit communautaire	74
C. Efficacité par application	75
1. Les voies juridictionnelles	76
2. L'immédiateté	79
3. La hiérarchie des normes	86
4. Les rapports d'application	88
D. Conclusion	89
III. Intangibilité	89
A. Introduction	89
B. Doctrine et jurisprudence concernant les limites éventuelles d'une réforme des traités CE	93
1. Terminologie	93
2. Les limites formelles	94
C. Les limites matérielles	95
1. Liens entre limites formelles et matérielles	95
2. Les conditions de l'existence des limites matérielles	96
3. Les termes des traités	97
D. Les principes généraux communs	98
E. Le contrôle juridique du respect des limites matérielles	100
F. Les conséquences pratiques	101
1. Principes	101
2. La pratique constitutionnelle	101
(a) L'accord EEE	101
(b) «L'accord interne»	102
3. Le traité CECA	102

G. Conclusion: vers un «droit constitutionnel européen commun»	103
IV. Evolutionnisme	104
A. Introduction	104
B. La spécificité du temps dans l'ordre juridique communautaire	105
C. Le problème du non-respect des délais	106
1. La constatation d'une violation des traités	108
2. Les moyens de combler les lacunes résultant d'un non-respect des délais et le cas de l'article 8A du traité CEE	108
D. Conclusion	110
V. Coopération	110
A. Introduction	110
B. Coopération – corollaire de l'autonomie des Etats	111
1. La coopération législative	113
2. La coopération exécutive	115
3. La coopération judiciaire	117
C. La perte d'autonomie des Etats – corollaire de la coopération	123
1. L'effet indirect du droit communautaire sur le droit des Etats membres	123
2. Les règles de procédure	124
3. La protection provisoire des droits	127
4. Le pouvoir répressif	131
D. Conclusion	133
VI. Décentralisation	134
A. Introduction	134
B. La subsidiarité	136
C. Le rôle des régions	141
D. Conclusion	145
VII. Equilibre institutionnel	146
A. Introduction	146
B. Equilibre institutionnel et contrôle des actes dits «internes»	147
C. Conditions générales du contrôle sur le contenu du droit de fonctionnement interne dans la Communauté européenne	148
D. Effet de l'acte	150

1.	Les effets subjectif et objectif	150
2.	Les effets juridiques à l'égard du requérant	151
3.	Les effets à l'égard des tiers.	152
E.	Conclusion	157
VIII.	Juridicité	157
A.	Introduction	157
B.	L'intensification	159
1.	Impacts sur le processus législatif	160
2.	L'exemple de la Charte sociale	162
3.	Soft law – symptôme d'une structure décisionnelle déficitaire?	165
C.	Extension	168
1.	Adaptation de quelles lois nationales?	171
2.	Reprise de quel droit communautaire?	173
D.	Conclusion	179

Biographie

Roland Bieber

Professeur de droit européen à l'Université de Lausanne/Suisse (depuis 1991).

Professeur invité du Collège de l'Europe à Bruges (depuis 1992).

Ancien conseiller juridique du Parlement européen (de 1971 à 1991).

Né à Chemnitz/Allemagne, le 15 janvier 1942. Etudes en droit et en sciences politiques, Universités de Francfort/Main et de Genève.

Licence en droit (1968), brevet d'avocat (1974). Docteur en droit (Francfort/Main, 1972).

Agrégation (Université de la Sarre, 1991) en droit public, droit international public, droit européen et droit comparé.

Professeur invité à l'Institut universitaire de Florence (1982, 1984-1986) et à la Duke Law School, University of North Carolina, Durham (1987 et 1992).

Bettina Kahil-Wolff

Maître assistant, Université de Lausanne, Centre de droit comparé et européen, depuis 1993.

Assistante à l'Université de Lausanne, Institut de recherche sur la responsabilité civile et les assurances, 1988-1993.

Juriste au Centre Patronal à Lausanne, depuis 1991, chargée des questions européennes.

Née à Bremerhaven, le 27 juin 1962.

Premier examen d'Etat en 1988, deuxième examen d'Etat en 1991.

Diplôme de troisième cycle en droit européen à Lausanne en 1992.

Laurence Muller

Stagiaire à la Commission des Communautés européennes à Bruxelles (1993/1994).

Assistante au Centre de droit comparé et européen de l'Université de Lausanne en 1993.

Née à Vevey, le 6 janvier 1968.

Licence en droit suisse de l'Université de Lausanne en 1991.

Diplôme de troisième cycle en droit européen de l'Université de Lausanne en 1992.

Publications principales

Roland Bieber

- *Das neue französische Seefrachtrecht* (1972) 288p.
- *Organe der erweiterten Europäischen Gemeinschaften – Das Parlament* (1974) 228p.
- *Le Parlement européen* (1984) 268p. (en collaboration avec Constantinesco, Jacqué, Nickel).
- *Das Verfahrensrecht von Verfassungsorganen* (1992) 385p.
- *Die Europäische Union* (1993) 600p. (en collaboration avec Beutler, Pipkorn, Streil).

Nombreux articles dans des revues juridiques allemandes, françaises, anglaises et américaines portant sur le droit européen, le droit public allemand, le droit international public et le droit comparé.

Bettina Kahil-Wolff

- «Assurances sociales et droit privé en droit allemand», in Duc, *Droit privé et assurances sociales* (1990).
- *Sécurité sociale et libre circulation des personnes en droit communautaire* (1992) 109p.
- «L'égalité entre hommes et femmes» et «L'Espace économique européen et la reconnaissance des diplômes», in Duc, (ed.) *L'espace social européen* (1993).
- «L'abus de droit en droit du travail allemand», in Duc, *L'abus de droit et la bonne foi* (1993).
- «La participation des travailleurs dans la Société anonyme européenne», *Revue de droit suisse* (à paraître).
- *Wegleitung durch die Institutionen der sozialen Sicherheit in der Schweiz* (1993) 194p. (en collaboration avec Fragnière, Christen).

Introduction

Le cours général de droit communautaire 1992 a été marqué par les transformations du processus d'intégration européenne résultant de la signature, le 7 février 1992, du traité sur l'Union européenne («traité de Maastricht»)¹ d'une part, et l'externalisation de l'ordre juridique communautaire par l'accord créant l'Espace économique européen, d'autre part.

Le traité sur l'Union n'apporte pas seulement, à partir de 1994, des modifications substantielles au droit communautaire. En même temps, il élargit considérablement le champ d'activité communautaire et met en place les valeurs fondamentales de la construction européenne, telles que la liberté, la solidarité, la démocratie, le respect des droits de l'homme et de l'Etat de droit.²

Ainsi, c'est le caractère «constitutionnel» des fondements juridiques de la Communauté qui a été mis en évidence.³

En établissant ces principes, le droit communautaire subit une transformation qui, en réalité, avait déjà été amorcée par la jurisprudence de la Cour et par l'activité des autres institutions. A première vue seulement, le traité sur l'Union européenne ne fait que consolider les principes énoncés antérieurement. Insérés dans la charte constitutionnelle comme valeurs fondamentales, ils deviendront des paramètres, voire des fondements d'une évolution normative et jurisprudentielle. Dans cette optique, il y a lieu d'examiner les principes «classiques» du droit européen à la lumière du nouveau traité.

Ces développements attestent également du caractère évolutif du droit européen dont on retrouve la trace dans le préambule du traité de Rome prévoyant «une union sans cesse plus étroite».⁴

Le traité sur l'Union, quant à lui, annonce au stade du préambule déjà les «étapes ultérieures à franchir pour faire progresser l'intégration européenne». Il prévoit également, dans sa partie opérationnelle, plusieurs échéances pour l'adoption des dispositions complémentaires;⁵ il s'agit notamment de la convocation de la prochaine conférence intergouvernementale⁶ et de la mise en vigueur de l'union économique et monétaire.⁷ Ainsi, l'originalité du droit européen qui consiste précisément en son pouvoir de

1 JOCE C 224/1992, 1, ci-après abrégé TUE.

2 Cf. préambule et articles A, B, F, TUE.

3 Sur la nature constitutionnelle du traité CE, voir CJCE, affaire 294/83, *Les Verts c. Parlement européen*, Rec. (1986) 1339 et avis 1/91, *Espace économique européen*, Rec. (1991) 6079, ainsi que Jacqué, «Cours général de droit communautaire», *AEL* (1990) I-1, 247.

4 Voir à ce sujet notamment, «Introduction», in R. Bieber *et al.* (éds.), *L'Europe de demain* (1985).

5 Cf. art. 8B, 8C, 8E, «droit des citoyens», TUE.

6 Cf. art. N.II, TUE.

7 Cf. art. 109J, TUE.

mutation, et donc son évolution permanente, a été amplifiée par ces changements constitutionnels.

Par rapport au droit étatique, conçu traditionnellement comme un ordre juridique stable et statique, le caractère dynamique du droit européen implique une approche différente au niveau des méthodes d'interprétation. En cas de lacunes ou de contradictions, les objectifs des traités occupent une place primordiale dans le travail du juge et du législateur. Cependant, des risques de conflits internes existent du fait de la précision de plus en plus grande de ces finalités. Ainsi, par exemple, le respect de l'identité des Etats⁸ d'un côté et la «cohésion», le progrès parallèle et l'identité de l'Europe de l'autre côté, obligent le législateur communautaire – sous le contrôle de la Cour – à se fonder sur un éventail de paramètres d'appréciation. Ces derniers sont toujours plus nombreux et portent souvent atteinte aux valeurs étatiques traditionnelles. Par cette diversification normative, le droit européen tend de plus en plus à devenir un véritable «système juridique». Cette évolution pose de manière accrue la question de l'identité de l'Union dans ses rapports avec l'environnement juridique, et donc surtout le problème de la délimitation des normes appartenant à ce système des normes non-juridiques ou des normes juridiques issues d'autres systèmes, des Etats membres ou des Etats tiers. La spécificité de l'ordre juridique communautaire résulte, à cet égard, de la dialectique entre d'une part, le lien inextricable qui le lie au droit étatique et d'autre part, son autonomie d'ordre juridique propre.

De plus, les rapports entre les structures et les procédures des ordres juridiques internes et le droit communautaire se diversifient. La Communauté ne peut plus se contenter des gouvernements des Etats centraux. Régionalisme et subsidiarité sont devenus des symboles, dont l'objectif est d'aiguiller le droit communautaire vers une multitude de voies et d'en assurer ainsi son efficacité. Toutefois, la valeur de la notion de subsidiarité, compte tenu de la complexité décisionnelle, réside avant tout dans sa force politique et non pas dans son utilité juridique.⁹

Enfin, la constitution d'un ordre juridique met en exergue le rôle des sujets de cet ordre. L'évolution récente de l'ordre juridique communautaire reconnaît de plus en plus un rôle actif à l'individu, qui devient un véritable acteur de l'intégration européenne. Cette évolution est soulignée notamment par l'article 8 du traité CE qui introduit la citoyenneté européenne. Des précédents à cette «individualisation» du droit européen se retrouvent dans la jurisprudence, qui, depuis un certain temps déjà, reconnaît des droits subjectifs résultant de l'ordre juridique communautaire. Les individus se voient donc attribuer un rôle propre dans le processus d'intégration.¹⁰

8 Art. FI, TUE.

9 *Infra*, chapitre VI.B.

10 *Infra*, chapitre II.

Ces grands thèmes seront examinés par la suite, à savoir la spécificité, le caractère évolutif, la complexité des objectifs et des principes fondamentaux et enfin la juridicité du système communautaire.

I. Homogénéité

A. Introduction

L'Europe communautaire, dans son être et son devenir, manifeste ses particularités à travers l'évolution d'un ensemble de valeurs communes. Une homogénéité des principes fondamentaux régissant l'édifice social s'installe verticalement entre la Communauté et les Etats membres et horizontalement dans les rapports des Etats entre eux.

La volonté des Etats membres fondateurs, partis pour créer une «union sans cesse plus étroite entre les peuples européens»,¹¹ indique en effet que l'intégration européenne, engagée sur la base des traités instituant les Communautés européennes, ne saurait se limiter à l'unification des marchés. La recherche d'un certain nombre de dénominateurs communs a servi, dans un premier temps, de véhicule à l'achèvement de l'intégration économique, mais a conduit, par la suite, à une prise de conscience de la part des pouvoirs constituants. Ainsi, au fil des années, s'est profilée l'élaboration d'une structure de valeurs essentielles dont le but et la raison d'être dépassent largement l'unicité des nécessités économiques.

La notion d'homogénéité ne figure pas, de manière expresse, dans les textes constitutifs ni dans le droit communautaire dérivé. En revanche, il apparaît l'intention des parties contractantes «d'établir un Espace économique européen dynamique et homogène fondé sur des règles communes» dans le préambule de l'accord sur l'Espace économique européen.¹² Faute de définition légale explicite, le contenu de la notion d'homogénéité doit se déduire de l'analyse des phénomènes qu'elle tend à embrasser. L'homogénéité apparaît à la fois comme une condition, comme un but et comme un résultat de l'intégration de différents ordres juridiques. L'homogénéité se réfère à un ensemble d'éléments dont les parties constitutives sont de même nature. Or, le besoin de non-contradiction implique nécessairement l'existence d'une diversité d'éléments à défaut de quoi la notion même d'homogénéité serait superflue.

11 Ainsi qu'il ressort du préambule du traité CE et de l'article A du traité sur l'Union européenne. En ce qui concerne la valeur interprétative des préambules voir CJCE, affaire 26/62, *Van Gend & Loos c. Niederländische Finanzverwaltung*, Rec. 1963, 1; CJCE, affaire 43/75, *Gabriela Defrenne c. Société Anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne II)*, Rec. 1976, 455.

12 Voir aussi les articles 105 et 106 de l'accord EEE.

L'établissement d'un catalogue de principes fondamentaux homogènes s'est effectué par étapes. Sous forme de mosaïque, la jurisprudence a posé des notions constitutionnelles communes.¹³ Le projet de traité instituant l'Union européenne¹⁴ de 1984 énumérait déjà la démocratie, le respect des droits de l'homme et la prééminence du droit¹⁵ en tant que fondement de l'unification démocratique de l'Europe.¹⁶ Puis, en 1986, lors de l'adoption de l'Acte unique européen,¹⁷ les Etats membres ont souscrit ensemble, à ces mêmes principes ainsi qu'à ceux ancrés dans la Charte sociale européenne.

Enfin, à l'aube de l'Union européenne, incarnée par le traité de Maastricht, l'évolution et l'ampleur des valeurs communes deviennent de plus en plus précises. Dans le préambule du traité sur l'Union européenne, les Etats membres confirment «leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Etat de droit».

En effet, les structures communautaires opérationnelles qui se renforcent par l'élargissement de l'éventail des compétences et des domaines de coopération politique, doivent être complétées par un ensemble de valeurs matérielles. L'articulation des *essentialia constutii* doit s'inspirer des principes fondamentaux semblables, voire communs des ordres juridiques nationaux. L'homogénéité devient dès lors le moyen permettant de garantir les valeurs inhérentes aux systèmes des parties constituantes dans une configuration étatique complexe.

L'ordre juridique communautaire se caractérise notamment par les liens qu'il entretient avec le droit des Etats membres.¹⁸ Reposant sur un système inachevé et non-hermétique le droit communautaire vit et se nourrit des interactions réciproques engagées entre ses règles et les coutumes juridiques des Etats.

A l'instar de l'article 215, alinéa 2 du traité CE, la création de principes juridiques généraux, tels que profilés à travers la jurisprudence, recourt en effet à des règles communes aux droits des Etats membres.¹⁹ En dehors de cette interprétation verticale, qui se manifeste d'ailleurs aussi à travers l'élaboration du droit communautaire dérivé, l'interprétation des dispositions communautaires par les autorités nationales peut nécessiter un échange

13 Au sujet de la jurisprudence de la Cour relative aux droits fondamentaux, par exemple, voir Mancini *et al.*, «Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire», *AEL* (1990) I-1, 27.

14 Adopté par le Parlement européen le 14 février 1984, JOCE C 77, 1984, 33.

15 Voir le préambule.

16 Voir aussi l'article 2 du projet susmentionné soumettant l'élargissement à la condition du caractère démocratique des adhérents.

17 JOCE L 169 du 29 juin 1987.

18 A ce sujet Kakouris, «Les relations de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des Etats membres», in F. Capotorti *et al.*, *Du droit international au droit de l'intégration* (1987) 319.

19 CJCE, affaire 7/56 *et al.*, *Algera c. Assemblée de la CECA*, Rec. 1957, 83.

conceptuel entre ces dernières.²⁰ Les réciprocitys verticale et horizontale entre les ordres juridiques forment ainsi une grille de valeurs permettant, peu à peu, que des éléments constitutionnels propres aux Etats se soudent en un ordre commun de valeur.

S'agissant d'un processus évolutif, l'élaboration de valeurs communes n'est pas sans lacune, ni sans équivoque, et encore moins sans paradoxe. Progrès et failles du système en voie d'évolution se traduisent à travers ces trois éléments constitutifs: le droit, l'espace et les acteurs de l'Union. Ces derniers seront dès lors traités sous l'angle de l'homogénéité des valeurs.

B. L'homogénéité constitutionnelle à travers le droit

1. La cohérence des valeurs

Tout ordre juridique repose sur un nombre limité de grands principes servant à l'établissement du système et régissant l'application de l'ensemble des règles lors de résolution de cas concrets. A l'intérieur d'une structure étatique, ces valeurs fondamentales forment la base des interactions pouvant se déployer entre le pouvoir public et l'individu d'une part et entre particuliers d'autre part. Cependant, l'homogénéité reste toujours relative et n'est pas une spécificité propre à l'Etat.²¹

Dans une même entité, le concours de plusieurs ordres juridiques requiert une certaine cohérence de l'ensemble des valeurs ayant, au niveau interne, un rang constitutionnel. Mis à part le risque accru de conflits et d'inégalités de traitement, le bon fonctionnement du système concerné ainsi que la sécurité du droit sont en cause. Une homogénéité constitutionnelle doit ainsi se profiler à travers la création d'une structure de type fédéral, alors qu'une coopération intergouvernementale peut, le cas échéant, se contenter d'un consensus concernant un choix de paramètres limités.

Si la similitude des valeurs fondamentales peut dès lors connaître plusieurs degrés, il n'en reste pas moins que la notion d'homogénéité représente une certaine garantie assurant le fonctionnement et la continuité des différentes formes de coordination interétatiques, même si, en réalité, elle n'est pas forcément une condition *sine qua non* à l'existence de toute organisation internationale. Dans le cadre de l'intégration européenne, la cohérence des valeurs constitue un aspect essentiel de l'avancement du processus. C'est dans cette optique que le droit communautaire s'inspire des traditions constitutionnelles nationales et notamment de règles de fonctionnement visant des buts plus ou moins précis pour établir un tronc commun de valeurs suprêmes.

20 CJCE, affaire 283/81, *Cilfit et autres c. Ministero della sanità*, Rec. 1982, 3415.

21 Pour un concept distinct de la notion de «homogénéité», fondé sur des idées de Carl Schmitt, incompatibles avec l'idée de l'intégration européenne, voir Cour constitutionnelle allemande, décision du 12 octobre 1993 (au sujet du TUE), C.2.b.2.

Pour l'essentiel, l'épanouissement des valeurs constitutionnelles homogènes comprend la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire et la naissance de règles régissant l'organisation des structures institutionnelles. Le droit communautaire primaire ne contient que de manière très fragmentaire une définition des principes homogènes liant les Etats membres et la Communauté; l'on pense notamment aux interdictions de discrimination relatives au traitement des ressortissants d'Etats membres ou à l'égalité des sexes. Un catalogue des droits fondamentaux que les institutions de la Communauté européenne viseraient à protéger, fait défaut à l'heure actuelle. Or, l'évolution d'un standard de protection se fondant sur l'idée des droits fondamentaux est due, à l'heure actuelle, à la jurisprudence de la Cour de justice.

2. Les droits fondamentaux

Après avoir décidé que la protection des droits fondamentaux faisait partie intégrante des principes généraux de l'ordre juridique communautaire,²² la Cour de justice a développé un large éventail de droits ayant rang constitutionnel, tels que l'égalité de traitement,²³ en général, et l'égalité des sexes²⁴ en particulier, le droit à la propriété,²⁵ la liberté professionnelle²⁶ et syndicale²⁷ ou encore le respect de la vie privée.²⁸

La Cour s'inspire fréquemment des traditions constitutionnelles des Etats membres pour définir le contenu et la force protectrice des droits fondamentaux.²⁹ Par ailleurs, on ne saurait nier l'influence qu'a eue la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence de la Cour de justice.³⁰

L'ordre constitutionnel national et la Convention des droits de l'homme ont fonctionné comme sources d'inspiration du droit constitutionnel communautaire et ont été dès lors repris dans l'article F du traité sur l'Union européenne. Ce dernier dispose que «l'Union respecte les droits fondamentaux,

22 CJCE, affaire 29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*, Rec. 1969, 419; CJCE, affaire 4/73, *Nold c. Commission et Conseil*, Rec. 1974, 491.

23 CJCE, affaires jointes 17 et 20/61, *Klöckner Werke-AG et autres c. Haute autorité de la CECA*, Rec. 1962, 653.

24 CJCE, affaire 149/77, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne III)*, Rec. 1978, 1365.

25 CJCE, affaire 44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Rec. 1979, 3727.

26 CJCE, affaire 234/85, *Procédure pénale contre Franz Keller*, Rec. 1986, 2897.

27 CJCE, affaire 175/73, *Union syndicale et autres c. Conseil*, Rec. 1974, 914.

28 CJCE, affaire 136/79, *National Panasonic c. Commission*, Rec. 1980, 2033.

29 CJCE, affaire 44/79, *Hauer supra* note 25; voir aussi, pour un aperçu sur la jurisprudence Dausès, «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des Communautés européennes», *RAE* (1992) 9.

30 J.-F. Flauss, *Les droits de l'homme comme élément d'une constitution et de l'ordre européen* (1992) 15; Pipkorn, «La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme», *RTDH* (1993) 221.

tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire».

Vu le souci de certaines juridictions nationales à faire respecter les droits fondamentaux garantis au niveau national lors de l'application du droit communautaire³¹ et les frictions en résultant sur le plan de l'efficacité de ce dernier, une des premières tâches de la Cour de justice fut d'élaborer un standard de protection à l'encontre des actes du pouvoir public émanant des autorités communautaires.³² Or, ni la jurisprudence, ni la législation communautaire ne se sont contentées d'assurer la protection des droits individuels dans les rapports avec les autorités communautaires. Les valeurs ainsi définies ont été étendues peu à peu aux autorités des Etats membres.

L'évolution de la jurisprudence a donc fait apparaître un caractère multifonctionnel des droits fondamentaux communautaires contribuant à l'homogénéité constitutionnelle. C'est ainsi que l'égalité des rémunérations, telle qu'ancrée dans l'article 119 du traité CE et qui constitue, selon la jurisprudence,³³ un droit fondamental communautaire, se dirige contre les discriminations émanant des pouvoirs nationaux. Tel est également le cas de la protection de la famille,³⁴ de la liberté professionnelle³⁵ et du droit général de la personnalité impliquant la possibilité pour une personne de prétendre à pouvoir porter son nom.³⁶

Il est clair que les Etats membres ont l'obligation de respecter, d'une part les droits rattachés à l'article 119 du traité CE et, d'autre part, les libertés fondamentales inscrites dans le traité. Les arrêts de la Cour mentionnés ci-dessus³⁷ ont pour objet respectivement la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement, mais les circonstances de leur application leur donnent l'apparence de droits fondamentaux.

En revanche, dans des domaines non couverts par les règles communautaires, l'élaboration de droits fondamentaux multifonctionnels, pouvant

31 Voir l'ordonnance de la Cour constitutionnelle allemande du 29 mai 1974, *BVerfGE* 37, 271 et, à ce sujet *Barras et al.*, «La Cour constitutionnelle fédérale allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire?», *CDE* (1975) 149.

32 CJCE, affaire 44/79, *Hauer supra* note 25; affaires jointes 46/87 et 227/88, *Hoechst c. Commission*, Rec. 1979, 2859; affaire 136/79, *supra* note 28, affaires jointes 17 et 20/61, *supra* note 23; affaire 130/75, *Prais c. Commission*, Rec. 1976, 1589; affaire 175/73, *supra* note 27; affaires jointes 43 et 63/82, *Vlaamse Boekwezen c. Commission*, Rec. 1984, 19.

33 CJCE, affaire 149/77, *Defrenne III*, *supra* note 24.

34 CJCE, affaire 249/86, *Commission c. Allemagne*, Rec. 1989, 1263.

35 CJCE, affaire 222/86, *Unecyf et autres c. Heylens*, Rec. 1987, 4097.

36 CJCE, affaire C-168/91, *Konstantinidis c. Stadt Altensteig et autres*, arrêt du 30 mars 1993, non encore publié.

37 Voir *supra* notes 35 à 37.

notamment être appliqués à l'encontre des Etats membres, n'est pas achevée.³⁸ Il semble que certaines tendances aillent vers une évolution des droits fondamentaux détachée de l'exercice des libertés fondamentales.³⁹ Il apparaît dès lors une dichotomie divisant la protection des droits fondamentaux en deux catégories: d'une part les droits en étroit rapport avec les prérogatives fixées par le droit communautaire primaire et d'autre part les droits se situant en dehors de ce contexte.

En réalité, dès le moment où la Communauté se soumet, par le biais de l'article F du traité sur l'Union, aux droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles nationales, une certaine cohérence s'installe entre les différents niveaux, et l'abandon de cette distinction ne serait qu'une conséquence logique. L'évolution vers une application universelle des droits fondamentaux serait par conséquent l'expression d'une l'homogénéité constitutionnelle au sein de l'Union.

Cependant il existe, à l'heure actuelle, un clivage entre les droits fondamentaux découlant des mécanismes instaurés par les traités et ceux se situant en dehors de ce contexte. Il subsiste que la transformation de certaines règles communautaires vers des droits fondamentaux témoignent de la tendance à supprimer cette distinction: aussi bien l'article 119 du traité CE que les libertés fondamentales déploient des effets à l'égard des Etats membres sans qu'il soit nécessaire, en principe, de les qualifier de droits fondamentaux ou d'en déduire de tels droits. Etant donné que dans l'affaire *Defrenne II*, la Cour a attribué un effet direct à l'article 119 du traité CE en traitant l'égalité des rémunérations comme un principe fondamental du droit communautaire,⁴⁰ la qualification de cette égalité peut sembler superflue dans la mesure où elle n'a pas permis à la Cour d'étendre le champ d'application de l'article 119 du traité CE à d'autres aspects que celui de la seule rémunération.⁴¹ De même, une interprétation téléologique de l'article 48 du traité CE et de l'article 10 du règlement 1612/68 aurait probablement ouvert la voie à l'exercice d'une profession⁴² respectivement au regroupement familial.⁴³

38 CJCE, affaire 60/84, *Cinéthèque SA et autres c. Fédération nationale des cinémas français*, Rec. 1985, 2605; CJCE, affaire 12/86, *Demirel c. Stadt Schwäbisch Gmünd*, Rec. 1987, 3719; voir à ce sujet Mancini *et al.*, *supra* note 13, 42, 43.

39 CJCE, affaires jointes 201 et 202/85, *Klensch et autres c. Staatssekretär für Landwirtschaft und Weinbau*, Rec. 1986, 3477; voir à ce sujet Weiler, «Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights Within the Legal Order of the European Communities», *Washington Law Review* (1986) 1103 et, le même, «The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action», in *Mélanges Pescatore*, 821.

40 CJCE, affaire 43/75, *Defrenne II*, *supra* note 11.

41 CJCE, affaire 149/77, *Defrenne III*, *supra* note 24; notons que le législateur communautaire a remédié à cette lacune en adoptant des directives introduisant l'égalité des sexes dans les domaines du droit du travail et de la sécurité sociale, voir l'aperçu chez R. Blanpain, *Droit du travail communautaire* (1991) 124 à 148.

42 CJCE, affaire 222/86, *Heylens*, *supra* note 35.

43 CJCE, affaire 249/86, *Commission c. Allemagne*, *supra* note 34.

La démarche de la Cour consistant à se référer quand même à la notion de droit fondamental, constitue un élément important dans le cadre de la construction d'un concept constitutionnel communautaire. La portée de la jurisprudence réside ici davantage dans l'utilisation même d'une notion que dans les effets que celle-ci peut produire. L'évolution graduelle d'un catalogue des droits fondamentaux réunissant les traditions constitutionnelles nationales nécessite l'utilisation d'un langage commun. La prise de conscience de valeurs juridiques devient plus aisée dès lors que des notions familières aux conceptions constitutionnelles des Etats membres permettent d'harmoniser les instruments du dialogue. En ce sens, l'homogénéité des valeurs fondamentales englobe également, voire présuppose, l'homogénéité des notions. A l'instar de la trilogie liberté, égalité, fraternité, l'évolution des droits fondamentaux dans le cadre communautaire revêt à la fois un rôle-symbole et l'expression de principes communs.

L'évolution d'un langage commun qui se réfère aux droits fondamentaux de façon homogène se fait jour au niveau du droit communautaire dérivé. Ainsi, par exemple, la directive du Conseil du 3 octobre 1989 visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle,⁴⁴ soumet la publicité télévisée à l'exigence du respect de la dignité humaine. Les discriminations raciales sont prohibées et les conceptions religieuses et politiques protégées. Dès lors que le droit communautaire dérivé véhicule des concepts d'ordre constitutionnel sous la forme de normes se référant aux droits fondamentaux, le législateur est en avance dans la formulation des droits fondamentaux sur le constituant.

3. *Les structures constitutionnelles*

Quant à l'autre volet de l'homogénéité constitutionnelle, à savoir les règles fondamentales déterminant les structures de l'ensemble du pouvoir public, il s'agit encore d'assurer, par l'élaboration d'un «cadre institutionnel unique»,⁴⁵ l'efficacité structurelle de la Communauté. Dès lors qu'elle va bien au-delà des seuls aspects fonctionnels, la cohérence entre les structures constitutionnelles des Etats membres et l'organisation des institutions communautaires représente le pendant de l'homogénéité au niveau des droits fondamentaux.

L'état démocratique moderne se compose d'un ensemble de mécanismes complémentaires les uns des autres, qui assure la mise en œuvre et la sauvegarde des droits de l'individu. En premier lieu, certains droits fondamentaux du citoyen forment une composante essentielle de l'instauration même du

44 JOCE L 298 du 17 octobre 1989, 23.

45 Voir l'article C du traité sur l'Union européenne.

pouvoir public et de la prise de décision étatique. Lorsque la volonté du peuple s'exprime, partiellement ou intégralement, à travers un forum représentatif, la participation des citoyens à la constitution de l'organe de représentation par le biais d'élections revêt dès lors un rôle fondamental. L'importance de cet aspect est confirmée par l'article 3 du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales établissant l'obligation des Parties contractantes «d'organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif».

Face à cette participation individuelle se traduisant par des votations populaires ou par l'élection d'un organe représentatif, les processus décisionnels pluralistes d'une société démocratique se nourrissent de la libre formulation de l'opinion publique. Les libertés d'expression et de presse, la liberté artistique, le droit de se réunir et d'organiser des manifestations, notamment, font dès lors partie intégrante du processus décisionnel démocratique.⁴⁶

Ce n'est pas seulement en dernier ressort que la transparence des actions étatiques constitue une condition importante à la liberté de l'opinion publique, et, partant, du caractère démocratique d'un Etat. Le droit du citoyen d'être informé notamment sur les faits résultant de l'organisation interne de l'administration joue également un rôle essentiel dans la notion de démocratie.⁴⁷ En imposant aux Etats membres l'obligation d'accorder aux citoyens un droit d'accès aux informations dans le domaine de l'environnement,⁴⁸ la Communauté exige des Etats qu'ils redéfinissent les rapports entre citoyens et autorités publiques. Ce même résultat découle de la directive 92/59 sur la sécurité des produits.⁴⁹ En vertu de son article 5, les Etats membres sont tenus de mettre en place les autorités chargées des mécanismes de contrôle.

L'homogénéité⁵⁰ s'étend donc aussi à la structure organisationnelle du pouvoir public, en particulier au partage des tâches entre organes décisionnels distincts. L'efficacité de ce partage, dont le but suprême est l'instauration de mécanismes de contrôle, est encadrée et renforcée, pour l'essentiel, par le principe de l'Etat de droit ainsi que par une protection juridictionnelle efficace. La canalisation des actions du pouvoir public dans des lois et le

46 Sur les impacts de la liberté des télécommunications sur le caractère démocratique de l'Etat, voir Hesse, «Rundfunk zwischen demokratischer Willensbildung und dem Zugriff der EG», *JZ* (1993) 545.

47 Voir à ce sujet Bieber, «Informationsrechte Dritter im Verwaltungsverfahren», *DÖV* (1991) 857.

48 Voir la directive au JOCE L 158 (1990) 56.

49 Voir la directive au JOCE L 228 (1992) 24.

50 Pour des exemples concernant l'homogénéité fonctionnelle, voir R. Bieber, *Das Verfahrensrecht von Verfassungsorganen* (1992).

contrôle judiciaire constituent des paramètres essentiels pour le respect des droits fondamentaux. En résumé, en l'absence d'un cadre structurel adéquat, la protection des droits subjectifs serait inefficace.

L'appartenance et l'adhésion à la Communauté étant soumises à la condition que l'organisation étatique des membres réponde aux exigences d'une démocratie pluraliste,⁵¹ l'homogénéité institutionnelle des Etats entre eux est une prérogative du processus d'intégration. De même, l'homogénéité verticale entre le cadre institutionnel communautaire et l'organisation étatique nationale devrait s'établir au fur et à mesure que les compétences de la Communauté et la coopération des Etats se renforcent, voire se transforment en une union de plus en plus étroite.

En ce qui concerne le principe de l'Etat de droit et la protection juridictionnelle efficace, un encadrement des droits fondamentaux au niveau communautaire s'est profilé au fil des années, et grâce, notamment, au système judiciaire mis en place par les traités.⁵² En revanche, des difficultés de synchronisation subsistent sur le plan de la légitimation démocratique des actes législatifs émanant des organes communautaires. Etant donné le rôle restreint du Parlement européen, l'exigence d'une homogénéité constitutionnelle concernant le caractère démocratique de l'organisation étatique nationale peut, à priori, apparaître paradoxale.⁵³

Cependant, les particularités du processus d'intégration et du système institutionnel communautaire amenuisent le défaut d'homogénéité structurelle. Tout d'abord, l'évolution du cadre institutionnel de la Communauté et l'interaction des organes communautaires entre eux ont fait naître un ensemble de mécanismes complexes permettant d'atténuer les inconvénients d'une construction constitutionnelle qui s'est faite par étapes. Dans ce contexte, il faut dire que le Parlement participe de manière croissante aux décisions législatives. Cette association se traduit notamment par les procédures de codécision et de coopération prévues par les articles 189B et 189C du traité sur l'Union et par l'effet de nullité d'un acte adopté sans la consultation régulière de ce dernier.⁵⁴

Ensuite, l'élément démocratique de l'homogénéité constitutionnelle ne saurait se mesurer en fonction de la seule légitimation formelle qui caractérise la structure institutionnelle des Etats membres. Le lien qui, au niveau des constitutions nationales, est exigé entre la volonté du peuple et les activités du législateur et qui forme dès lors l'attribut classique d'un Etat

51 Voir, pour la situation antérieure Frowein, «The European Community and the Requirement of a Republican Form of Government», *Mich. L. Rev.* (1984) 1311. Voir également l'article F du traité sur l'Union européenne.

52 Sur les détails voir les chapitres concernant l'efficacité, la coopération et l'équilibre institutionnel.

53 Ipsen, «Über Verfassungshomogenität in der Europäischen Gemeinschaft», in *Mélanges Dürig* (1990) 159, 175.

54 CJCE, affaire 138/79, *Roquette Frères SA c. Conseil*, Rec. 1980, 3333.

démocratique ne revêt pas forcément le même rôle dans le cadre d'une union d'Etats. Ici, c'est la nécessité d'une homogénéité matérielle, supposant avant tout l'acceptation politique du processus décisionnel communautaire, qui est à mettre au premier plan.

C. L'homogénéité conceptionnelle dans l'espace

Le traité sur l'Union européenne se donne comme objectif une mise en œuvre des politiques communautaires «assurant des progrès parallèles dans l'intégration économique et dans les autres domaines».⁵⁵ En réalité, le préambule du traité CE exprimait déjà l'objectif des Etats de «renforcer l'unité de leurs économies et d'en assurer le développement harmonieux en réduisant l'écart entre les différentes régions et le retard des moins favorisés». Outre les buts économiques, l'article 3 du traité CE énumère différentes politiques et mesures communautaires allant d'une politique dans les domaines sociaux et de l'environnement au développement de réseaux trans-européens, à la santé publique, jusqu'à la protection du consommateur, la protection civile et le tourisme. Ici se confirme l'idée avancée tôt déjà par la jurisprudence soutenant que les buts de la Communauté ne se limitent pas à instaurer une union économique mais qu'ils tendent également à l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi⁵⁶ et partant, des objectifs d'ordre social.⁵⁷

La multitude des mesures comprises dans le rayon d'action communautaire et l'existence de finalités allant au-delà d'une intégration économique démontrent que la Communauté se dirige vers la composition d'un espace socio-économique complexe. Au fur et à mesure que ces buts se réalisent, le marché commun se transforme en une société à part entière.

Or, pendant que se développe une structure de société complète, le processus d'intégration requiert l'établissement de conceptions et de valeurs communes. Ces dernières peuvent être définies en partie par l'harmonisation des législations nationales telle qu'envisagée par l'article 3(h) du traité CE ainsi que par d'autres dispositions plus spécifiques. Mais l'harmonisation présuppose, au niveau communautaire, la mise sur pied de paramètres communs. De plus, l'instrument d'harmonisation n'a pas pour seul but d'égaliser les règles nationales relatives aux aspects économiques de l'intégration, mais il s'applique bien à d'autres domaines, notamment l'environnement, le droit du travail ou encore la protection des consommateurs.⁵⁸ Dans ce contexte, le

55 Voir le préambule du traité sur l'Union européenne.

56 Voir le préambule du traité CE.

57 CJCE, affaire 43/75, *Defrenne II*, *supra* note 11; voir aussi CJCE, avis 1/91, *supra* note 3.

58 Voir sur l'ensemble *Close*, «Harmonisation of laws: use or abuse of the powers under the EEC Treaty?», *EL Rev.* (1978) 462, 475; *Leleux*, «Le rapprochement des législations dans la CEE», *CDE* (1968) 131.

rôle de l'harmonisation du droit ne se limite pas à atténuer les difficultés fonctionnelles s'opposant à la mise en œuvre des libertés fondamentales, mais elle a pour but également de créer des structures juridiques communes.

La poursuite de l'homogénéité à travers des mesures d'harmonisation présuppose donc un minimum de cohérence en ce qui concerne les conditions-cadre des économies nationales. Ainsi, une politique environnementale poussée⁵⁹ ou la fixation de standards élevés en matière de santé et de sécurité des travailleurs⁶⁰ peuvent se concevoir dans le cadre d'économies d'Etats membres avancés, alors que pour ceux qui sont au-dessous de la moyenne communautaire, ces mesures sont confrontées à des difficultés financières insurmontables. En dehors des divergences économiques, les traditions culturelles qui diffèrent d'un pays à l'autre peuvent également s'opposer à l'élaboration de positions communes. Le respect du patrimoine culturel et des traditions nationales qui est assigné par le préambule du traité sur l'Union européenne s'impose notamment dans les domaines de la formation, de l'éducation et de la culture visés par les articles 126 à 128 du traité. Une harmonisation des législations nationales relatives à ces aspects est expressément exclue en vertu des dispositions susmentionnées.

Si l'harmonisation du droit national par le biais d'une réglementation communautaire ne saurait que difficilement forcer l'élaboration de conceptions juridiques et politiques communes, il subsiste que la mise en œuvre d'une certaine égalisation des règles nationales est requise par les mécanismes d'intégration qu'implique la création d'un marché unique. D'une part, les divergences des législations nationales relatives notamment à la protection de certains objectifs tels que la santé publique, les consommateurs ou l'environnement peuvent présenter des obstacles aux échanges commerciaux et nécessiter par là même une harmonisation.⁶¹ D'autre part, la différence des niveaux de protection et, partant, des coûts de production de biens ou de services peut provoquer des distorsions de concurrence entre les économies nationales. Pour ne pas compromettre ni les buts de la cohésion économique et sociale visés par l'article 3(j) du traité CE ni le progrès économique et social des peuples tel qu'il est consacré par le préambule du traité sur l'Union européenne, l'harmonisation des législations nationales devient impérative.⁶²

La Communauté se trouve dès lors devant la difficulté de devoir concilier les intérêts d'une harmonisation facilitant l'intégration et le respect dû aux

59 Voir à ce sujet Krämer, «Community Environmental Law-Towards a Systematic Approach», *YEL* (1991) 151.

60 Voir à ce sujet Geysen *et al.*, «Présentation générale des normes communautaires concernant la santé et la sécurité au travail», in G. Aubert, *La protection de la santé et de la sécurité du travailleur: la Suisse face au droit de la Communauté européenne* (1991) 49.

61 Vignes, «The Harmonisation of National Legislation and the EEC», *EL Rev.* (1990) 358.

62 Voir à ce sujet R. Dehousse, *Integration v. Regulation? Social Regulation in the European Community*, Florence, Institut universitaire européen, Working Paper 92/93 (1992).

particularités nationales résultant d'un manque d'intégration. Pour affronter ce dilemme, elle se sert d'un ensemble de mécanismes tendant à juxtaposer les enjeux. Ces mécanismes sont politiques, économiques et juridiques.

Politiquement, la recherche d'un compromis passe par la définition de l'opportunité. Les mesures «nécessaires au fonctionnement du marché commun» doivent être prises.⁶³ Pour déterminer le degré de nécessité, le législateur communautaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation résultant, en dernier lieu, de l'aval des électeurs, donc de l'accord au sein du Conseil. La nécessité de tenir compte de l'opportunité des actions communautaires ressort aussi du principe de subsidiarité, concept politique fixé à l'article 3B du traité CE. Dans la pratique législative, elle se manifeste notamment par une harmonisation minimale⁶⁴ ou par la reconnaissance mutuelle des standards de protection.

Economiquement parlant, l'unification des conceptions est accompagnée et facilitée par les instruments communautaires qui sont à la fois l'expression et la condition de la solidarité entre les peuples telle qu'envisagée dans le préambule du traité sur l'Union européenne. La cohésion économique et sociale, qui se poursuit notamment par le biais de différents fonds tels que le fonds social, le fonds de cohésion ou le fonds régional, doit contribuer à réduire l'écart entre les économies nationales. La cohésion fait partie des composantes de l'intégration permettant de définir des standards de valeur communs sans entraver l'avancement des Etats les moins développés ni compromettre les niveaux de protection élevés des autres Etats.⁶⁵

L'approche normative enfin consiste à entreprendre une comparaison des législations nationales afin de déterminer, sous l'angle juridique, le dénominateur commun. La recherche des traditions juridiques communes, la formation des juristes à l'échelle internationale et les échanges entre chercheurs et praticiens deviennent dès lors un moyen important dans la formation des conceptions et des valeurs communes.

D. L'homogénéité personnelle par ses acteurs

Dans le cadre du processus d'intégration européenne l'établissement de valeurs homogènes est favorisé, dans une large mesure, par l'évolution des droits subjectifs découlant des règles communautaires.

Les sujets du droit communautaire ont connu un renforcement de leur position juridique permettant de véhiculer des conceptions communes relatives au statut personnel. Alors que, sous l'angle interne, on distingue les droits

63 Article 3(h) du traité CE.

64 Voir par exemple l'article 118A du traité CE.

65 Voir le règlement 792/93 du Conseil du 30 mars 1993 instituant un instrument financier de cohésion, JOCE L 79/74 du 1er avril 1993.

appartenant aux seuls ressortissants d'un Etat d'une part et ceux profitant à tout être humain indépendamment de sa nationalité d'autre part, le droit communautaire a réussi de son côté, à introduire une troisième catégorie de droits personnels: ceux des citoyens européens.

Le noyau de l'évolution partant du travailleur migrant et allant vers l'instauration d'une citoyenneté européenne réside dans l'interdiction de toute discrimination entre nationaux et ressortissants d'Etats membres. Or, cette seule interdiction de l'arbitraire s'est progressivement transformée en un ensemble de valeurs homogènes permettant aux acteurs juridiques de prétendre à un traitement allant au-delà du respect de l'égalité.

L'évolution des droits personnels homogènes se traduit par l'élargissement constant du cercle des bénéficiaires ainsi que par l'approfondissement du contenu des droits attribués à ces derniers. Du moment que les notions ouvrant le droit à la libre circulation, comme celle de «travailleur» par exemple,⁶⁶ sont interprétées en fonction des buts et des finalités du traité, l'application du droit communautaire permet de définir des conceptions autonomes, détachées des particularités du droit national.

Elle donne lieu, en même temps, à une extension permanente des champs d'application personnel et matériel du droit à la libre circulation des personnes. Ainsi, l'inclusion des ressortissants d'Etats membres en cours de formation,⁶⁷ l'application du droit de séjour aux travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle⁶⁸ et l'élargissement général du droit de séjour⁶⁹ font de la circulation des personnes une liberté qui fait abstraction des seuls besoins économiques. Il ne s'agit dès lors plus d'une répartition équilibrée de la main-d'œuvre comme facteur de production mais de l'élaboration d'un droit fondamental communautaire.

La portée des droits subjectifs revenant aux personnes dans le cadre de la libre circulation se traduit aussi par sa dimension sociale. L'interprétation extensive de la notion de l'avantage social qui est garanti, au même titre, aux travailleurs migrants,⁷⁰ l'évolution des droits accordés aux membres de la

66 CJCE, affaire 53/81, *Levin c. Staatssecretaris van Justitie*, Rec. 1982, 1035; CJCE, affaire 75/63, *Unger c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en ambachten a Utrecht*, Rec. 1964, 384.

67 CJCE, affaire 293/83, *Gravier c. Ville de Liège*, Rec. 1985, 593; CJCE, affaire 24/86, *Blaizot c. Université de Liège*, Rec. 1988, 379; voir aussi la Directive du Conseil 90/366 du 28 juin 1990, JOCE L 180/30 et l'arrêt de la Cour la concernant, affaire C-295/90, *Parlement c. Conseil*, arrêt du 7 juillet 1992, non encore publié.

68 Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, JOCE L 180/28.

69 Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, JOCE L 180/26.

70 Voir l'article 7 du règlement 1612/68, JOCE L 257/2 du 19 octobre 1968; voir aussi l'aperçu sur la jurisprudence de la Cour relative à cette disposition chez R. Blanpain *et al.*, *Droit du travail communautaire* (1991) 87.

famille de ce dernier⁷¹ et l'instauration d'un système coordonnant les régimes nationaux de sécurité sociale⁷² ont permis d'élaborer des conceptions communes relatives aux conditions de vie et de travail des bénéficiaires. Ainsi par exemple, la distinction entre l'aide sociale et la sécurité sociale qui importe notamment pour déterminer le caractère exportable d'une prestation – est faite non pas au regard du droit national mais en fonction des finalités et des conditions d'octroi de la prestation sociale en question.⁷³ L'interprétation autonome, pratiquée par la Cour de justice, va même jusqu'à pallier les différences, faites par certaines législations nationales, entre les règles relatives aux relations de travail et celles applicables aux institutions de la sécurité sociale.⁷⁴

En outre, l'octroi des avantages sociaux aux ressortissants d'Etats membres par l'Etat membre d'accueil ne saurait plus dépendre de la question de savoir si la personne concernée s'y est rendue en qualité de travailleur migrant ou comme simple touriste, du moment que le déplacement est en rapport avec une prestation de service dans le pays d'accueil.⁷⁵ D'éventuelles conditions de réciprocité n'ont pas de raison d'être dans un ordre juridique préconisant l'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants d'Etats membres.

Quant à la libre prestation des services et la liberté d'établissement, l'évolution jurisprudentielle va dans le sens d'une définition de ces notions allant plus loin qu'une simple interdiction de discrimination. Cette extension se manifeste lorsque d'autres critères que celui de la nationalité empêchent le libre exercice d'un de ces droits communautaires. La jurisprudence s'est détachée du critère de discrimination, par exemple dans les affaires *Klopp*⁷⁶ et *Vlassopoulou*,⁷⁷ et a simultanément introduit la notion de proportionnalité

71 CJCE, affaire 267/83, *Diatta c. Land Berlin*, Rec. 1985, 567; CJCE, affaire 59/85, *Pays-Bas c. Reed*, Rec. 1986, 1283; CJCE, affaire 9/74, *Casagrande c. Landeshauptstadt München*, Rec. 1974, 773; CJCE, affaire C-308/89, *Carmina di Leo c. Land Berlin*, Rec. 1990, 4185; CJCE, affaire C-370/90, *Singh c. The Queen*, arrêt du 7 juillet 1992, non encore publié.

72 Voir le règlement 1408/71 et son règlement d'application, version consolidée, au JOCE C 325 du 10 décembre 1992.

73 CJCE, affaire 139/82, *Piscitello c. L'istituto nazionale della previdenza sociale*, Rec. 1983, 1427.

74 CJCE, affaire C-45/90, *Paletta et autres c. Brennet AG*, arrêt du 3 juin 1992 non encore publié.

75 CJCE, affaire 186/87, *Cowan c. Trésor public*, Rec. 1989, 195; voir aussi CJCE, affaire 36/74, *Walrave et autres c. Association Union Cycliste Internationale*, Rec. 1974, 1405 concernant l'exercice d'activités sportives.

76 CJCE, affaire 107/83, *Ordre des avocats au barreau de Paris c. Klopp*, Rec. 1984, 2971.

77 CJCE, affaire C-340/89, *Vlassopoulou c. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, Rec. 1991, 2357, consid. 19; confirmé par CJCE, affaire C-351/90, *Commission c. Luxembourg*, arrêt du 16 juin 1992, non encore publié; voir sur l'ensemble de la jurisprudence Marenco, «La notion de restriction aux libertés d'établissement et de prestation de services dans la jurisprudence de la Cour», *Gazette du Palais* (1992) 4.

que les mesures nationales de restriction doivent alors respecter. Il s'agit là d'un critère typiquement applicable aux droits qui revêtent un aspect de liberté contrairement à ceux qui n'impliquent que l'interdiction de l'arbitraire.⁷⁸

Dans l'ensemble, le statut des personnes à l'intérieur de l'ordre juridique communautaire a connu un essor considérable. Il est même couronné, dorénavant, par l'instauration de certains droits politiques des ressortissants d'Etats membres dans le cadre de la citoyenneté européenne consacrée par les articles 8 à 8E du traité CE. Néanmoins, certains anachronismes subsistent. La principale friction relève du fait que la jurisprudence continue à faire la distinction entre les situations régies par l'ordre juridique communautaire d'une part, c'est-à-dire le traitement moins favorable des ressortissants nationaux par rapport aux étrangers, et celles de nature purement interne d'autre part.⁷⁹ La discrimination à rebours, résultant de l'existence de deux ordres juridiques, apparaît comme un corps étranger dans la construction d'un ensemble de valeurs homogènes. Toutefois, la législation communautaire crée de plus en plus de droits subjectifs qui s'appliquent indépendamment de la nationalité.

E. Conclusion

Dans l'ensemble et abstraction faite de certains contre-courants, l'évolution de l'ordre juridique communautaire cristallise, peu à peu, des conceptions fondamentales communes aux Etats membres et à la Communauté elle-même. Le parallélisme et les interactions entre les règles communautaires et le droit national ne risquent pas seulement de créer des situations de conflit nécessitant une norme de collision, en l'occurrence celle de la primauté du droit communautaire. L'intégration du droit dégage aussi des lignes de conduite communes dans des domaines qui se situent hors des compétences communautaires. Ainsi, on observe une expansion du droit européen commun aussi bien vers les Etats tiers que vers les Etats membres. Ce dernier phénomène est illustré par une observation de la Chambre des Lords britannique dans une affaire de droit interne décidée en 1992:

at a time when Community law is becoming increasingly important, it would be strange if the right of a citizen to recover overpaid charges was to be more restricted under domestic law than it was under European Law.⁸⁰

78 Rens, «Binnenmarkt und Niederlassungsfreiheit», *EuZW* (1990) 521.

79 CJCE, affaires jointes 35 et 36/82, *Morson c. Etat néerlandais*, Rec. 1982, 3723.

80 *Woolwich BS v. Inland Revenue Commissioners* (1993) AC 70, cf. Geddes, «Unlocking the Doors of Judicial Protection», 143 *New Law Journal* (1993) 98.

II. Efficacité

A. Introduction

L'existence, voire l'efficacité d'un ordre juridique résulte, en règle générale, de la capacité d'assurer le respect du droit. Or, le droit communautaire ne dispose que d'une manière fragmentaire de cette capacité. En effet, dans une large mesure, le droit européen doit être exécuté par les Etats membres. Il en résulte que l'efficacité de ce dernier repose sur les instruments, voire les sanctions étatiques nationales. Les Etats n'ont pas créé de mécanismes spécifiques à ce sujet, mais ils mettent à disposition de l'ordre juridique communautaire les instruments d'exécution assurant l'efficacité de leur propre système. Ce mécanisme n'est pas sans poser des problèmes lorsqu'il s'agit d'assurer le respect du droit communautaire par les Etats membres eux-mêmes.

En effet, l'étude des traités montre que le respect de l'ordre juridique communautaire n'est pas assuré par un système de sanctions infligeables aux Etats membres dissidents. S'il est vrai, d'une part, que l'article 169 du traité CE prévoit une sanction juridictionnelle en cas de manquement, il faut noter d'autre part, que les dispositions déterminantes, à savoir l'article 171 du traité CE et l'article 143 du traité CECA, se contentent de postuler l'obligation de l'Etat membre réfractaire de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt par lequel la Cour de justice a reconnu un manquement.

Théoriquement l'omission du respect de la décision juridictionnelle peut faire l'objet d'une nouvelle action en manquement qui conduit à une nouvelle sentence⁸¹ et ce mécanisme peut se répéter sans fin. Sous l'angle politique, un tel processus peut influencer l'attitude de l'Etat membre concerné,⁸² mais il n'en reste pas moins que *l'exequatur* fait défaut. L'article 186 du traité CE ne fournit pas de moyens supplémentaires.

A ce propos, nous citons une affaire où le non-respect par la France d'une décision en matière d'importation de viande ovine⁸³ a précisément amené la Commission à demander la prescription de mesures provisoires par la Cour (article 186 du traité CE et l'article 83 du règlement de procédure). L'ordonnance de rejet⁸⁴ prononcée par la Cour à l'encontre de la demande de la Commission est intéressante en ce sens qu'elle confirme la limite des possibilités d'exécution. Elle constate simplement que les décisions prises dans le cadre de l'article 171 du traité CE contiennent en elles-mêmes l'obligation

81 Voir par exemple CJCE, affaire C-345/92, *Commission c. Allemagne*, arrêt du 23 mars 1993, non encore publié.

82 Teske, «Die Sanktion von Vertragsverstößen im Gemeinschaftsrecht», *EuR* (1992) 265, 267.

83 CJCE, affaire 232/78, *Commission c. France*, Rec. 1979, 2729.

84 CJCE, affaires jointes 24 et 97/80, *Commission c. France*, Rec. 1980, 1319.

pour les Etats membres concernés de les respecter et que le prononcé d'une mesure provisionnelle reviendrait, en l'espèce, à une reprise de l'arrêt de la Cour postulant le devoir de la France de supprimer les mesures restrictives concernant l'importation de viande ovine.

Au regard des effets et en termes de procédure, une décision prise sur la base de l'article 171 du traité CE ou de l'article 143 du traité CECA ne se distingue guère d'un jugement déclaratif. Dès lors que, sans exécution, le respect des intérêts protégés est mis en cause, les traités semblent partir de l'idée que les Etats membres se montreront coopérants⁸⁵ faute de quoi l'article 164 du traité CE, selon lequel la Cour de justice a la tâche d'assurer le respect du droit communautaire, équivaudrait à une simple formulation théorique.

Il n'est pas surprenant de constater, en parallèle, des exceptions⁸⁶ et des tendances visant à remédier à cette situation; à cet égard, la modification des dispositions susmentionnées prévue par le traité sur l'Union européenne introduit justement la possibilité pour la Cour d'infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte à l'Etat membre concerné.

Toutefois, également selon le régime du traité sur l'Union européenne, la collaboration des Etats membres telle qu'elle est préconisée par l'article 5 du traité CE est la condition essentielle à l'efficacité du droit communautaire. De plus, dans le préambule du traité sur l'Union européenne, les Etats membres ont confirmé la volonté de s'attacher «aux principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de l'Etat de droit», donc à une véritable communauté de droit.

Le recours aux instruments classiques du droit international public tels que des rétorsions ou des représailles s'avèrent dès lors incompatibles avec le type de traité qu'est celui de la Communauté européenne. Aux termes du préambule de ce même traité, la Communauté se fonde sur la volonté des Etats membres d'atteindre une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens; l'article A paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne prévoit «d'organiser de façon cohérente et solidaire les relations entre les Etats membres et entre leurs peuples». Ces déclarations, y compris celles des préambules, ont certes un rôle important dans l'interprétation du droit communautaire,⁸⁷ mais elles nous montrent surtout que le caractère intégré de la Communauté ne permet plus aux Etats membres de recourir aux mesures classiques de droit international public.⁸⁸

85 Th. Oppermaun, *Europarecht* (1991) 220-221.

86 Voir l'article 88 du traité CECA, ainsi que les propositions de la Commission à la Conférence intergouvernementale en 1991, *Bull. CE suppl.* 2/1991.

87 CJCE, affaire 43/75, *Defrenne II*, *supra* note 11.

88 Sur la question du recours aux instruments du droit international public, voir Krück in H. Groeben *et al.* (éd.), *Kommentar zum EWG-Vertrag* (1991) article 171/9 avec références.

En effet, l'existence de l'article 219 du traité CE, au terme duquel «les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci», démontre la priorité à donner aux moyens juridictionnels communautaires. La mise à l'écart des instruments du droit international public s'impose aussi du fait que la Communauté dispose de moyens plus élaborés conçus pour assurer le respect de ses règles.

On pourrait se contenter de cette observation et attribuer le défaut de moyens d'exécution au fait que la Communauté n'a pas, ou du moins pas encore, le statut d'un système juridique intégral, normalement lié à l'existence d'un Etat.

Or, notre objectif consiste à démontrer que le droit communautaire forme un ordre juridique complet assurant sa propre efficacité grâce à l'existence de mécanismes de substitution spécifiques. Les faiblesses apparentes du système ont, en réalité, poussé la Communauté à se renforcer par d'autres moyens et notamment grâce à l'élaboration de trois phénomènes que nous allons examiner: l'individualisation des règles, l'atomisation de l'Etat et la hiérarchie des normes.

B. Efficacité des normes – un problème d'ordre général et une particularité du droit communautaire

L'efficacité, au sens où nous l'entendons dans le présent contexte, concerne l'efficacité des normes. Il faut, dès lors, la distinguer de l'efficacité des organes telle qu'elle est évoquée dans l'article B du traité sur l'Union européenne, bien qu'il soit évident que la fonction des institutions est étroitement liée au respect des règles les régissant.⁸⁹

L'efficacité du droit – qu'elle contienne des obligations ou des interdictions – est, avant tout, un problème d'ordre général. Dans toute société de droit, la valeur des règles se mesure en fonction du respect qui leur est attribué. La meilleure disposition pénale ne vaut rien sans qu'elle soit observée par les justiciables, le meilleur droit contractuel ne sert à rien sans titre etc. L'exécution des règles dépend de leur exercice par l'individu ou par une pluralité de personnes. Aux obligations et aux interdictions correspondent donc des droits subjectifs au profit des individus. Les porteurs de droits subjectifs sont en quelque sorte le moyen par lequel le contenu d'une norme se réalise; l'efficacité du droit a besoin de ses acteurs, que ce soit dans le cadre de l'ordre juridique national ou communautaire.

Dans le contexte de la Communauté européenne, cependant, l'efficacité du droit a nécessairement une envergure plus grande. En effet, l'originalité

⁸⁹ Voir à ce sujet R. Bieber, *Das Verfahrensrecht supra* note 50.

de l'efficacité des normes réside dans le fait que la mise en œuvre des droits subjectifs conduit à l'évolution permanente du droit. Elle revêt un caractère dynamique et ne se limite pas à assurer, de façon statique et répétitive, l'application de la norme.

Ce sont les principes régissant la mise en œuvre du droit communautaire, dont l'évolution et les facettes seront examinées ci-dessous, qui donnent ce caractère spécifique et évolutif à la notion d'efficacité. Ainsi, l'un de ces mécanismes, à savoir «l'effet direct» de certaines dispositions du droit primaire transpose la responsabilité inhérente aux Etats membres de faire respecter le droit communautaire aux institutions de ces derniers; il «atomise», en quelque sorte, la responsabilité de l'Etat. De ce fait, le droit communautaire contourne l'Etat membre en tant qu'entité et neutralise le non-respect éventuel de ce dernier.

L'efficacité du droit communautaire, qui s'exprime notamment par le biais de l'application immédiate des traités, peut, dans une large mesure, se substituer à la nécessité d'un consensus décisionnel au sein des organes. La force du droit communautaire primaire permet ainsi de contourner la volonté politique des Etats membres dès lors qu'ils ont défini certaines prérogatives en instituant la Communauté. L'effet direct semblant donc donner au droit un côté irrévocable, se pose alors la question de savoir si par une modification des traités, les Etats pourraient modifier, voire supprimer, cet aspect du droit communautaire. Ainsi, la présentation des principes fondamentaux d'application, qui forment un aspect de l'efficacité, conduit au deuxième aspect permettant de soulever le problème de la limite à la révision des traités.

C. Efficacité par application

L'efficacité spécifique du droit communautaire se manifeste surtout par la manière dont il s'applique.⁹⁰ Celle-ci peut être présentée sous des angles différents, faisant apparaître chacun des aspects du droit européen en tant que facteur de l'intégration. Il s'agit, d'une part, de savoir si les règles sont le véhicule direct de droits subjectifs sans qu'il soit nécessaire de recourir aux moyens intermédiaires d'ordre national, le problème de la hiérarchie des normes étant, dès lors, étroitement lié à celui de l'immédiateté. D'autre part, il faut déterminer qui profite de l'efficacité du droit communautaire et donc par quels porteurs de droits cette dernière peut se traduire. Suivant cette même approche, les voies de droit à suivre sont importantes afin de faire respecter les droits découlant de l'ordre juridique communautaire.

90 Weiler, «Supranationalism Revisited – a Retrospective: The European Communities after 30 Years», in W. Maihofer (éd.), *Noi si Mura* (1986) 341.

1. Les voies juridictionnelles

Nous abordons le critère évoqué en dernier, puisque le choix des voies juridictionnelles à suivre est le premier pas à effectuer lorsque l'on veut faire valoir un droit par une action en justice.

Selon le système institué par les traités, la Cour de justice a pour tâche d'interpréter les règles du droit communautaire; le contenu du droit national, par contre, n'est en principe pas de son ressort.⁹¹ L'article 164 du traité CE dispose que «la Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité». En revanche, les traités ne contiennent pas de règle équivalente en ce qui concerne le rôle des juridictions nationales pour l'application du droit communautaire. Or la mise en œuvre des normes par ces dernières est une conséquence logique et sous-entendue du système mis en place par les traités.

Tout comme la Communauté a besoin, pour son bon fonctionnement, de l'appareil administratif des Etats membres,⁹² la structure juridictionnelle de ceux-ci sert également à assurer le respect du droit communautaire. D'aucuns parlent même du «rôle capital des juges nationaux dans la promotion» de ce dernier.⁹³ Dans un contexte certes spécifique, à savoir les litiges ayant comme partie la Communauté elle-même, l'article 183 du traité admet implicitement la compétence des tribunaux nationaux.

D'une manière succincte, le partage des compétences entre juridiction communautaire et nationale peut se décrire en ces termes: dans le cadre de ses tâches généralement définies par l'article 164 du traité CE, la Cour de justice fonctionne selon un catalogue de compétences exclusives, à l'instar du principe des compétences d'attribution résultant de l'article 4 du traité CE. Principalement, deux catégories de voies juridictionnelles se distinguent: les actions directes d'une part, telles l'action en manquement des articles 169 et 170 du traité CE et l'action portant sur le contrôle de la légalité des actes prévue par l'article 173 et les actions indirectes d'autre part, telle la procédure préjudicielle prévue à l'article 177 du traité CE.⁹⁴ En dehors de ces compétences, il appartient aux tribunaux nationaux de trancher.⁹⁵

91 Par exemple, CJCE, affaire C-231/89, *Gmurzynska-Bscher c. Oberfinanzdirektion Köln*, Rec. 1990, 4003.

92 Voir à ce sujet ainsi que sur l'obligation des Etats membres de collaborer de cette façon, B. Beutler *et al.*, *Die Europäische Union – Rechtsordnung und Politik* (1993) 223 et CJCE, affaire 205 à 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH et autres c. République fédérale d'Allemagne*, Rec. 1983, 2633.

93 Grévisse *et al.*, «Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres», *Mélanges Boulouis* (1991) 297. Sur l'importance du juge national, voir aussi R. Lecourt, *L'Europe des juges* (1976).

94 Sur le rôle de la Cour voir Rodriguez Iglesias, «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft als Verfassungsgericht», *EuR* (1992) 225.

95 H.G. Schermers, M. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities* (5e éd. 1992) 384-446.

Dans l'exercice de cette fonction, les juges des Etats membres sont tenus de respecter le sens du droit communautaire tel qu'il a été défini par la Cour de justice. C'est en effet à travers une application homogène des règles communautaires au niveau national que peut se concrétiser le principe capital de l'interprétation uniforme des notions de droit communautaire nécessaire au bon fonctionnement de la Communauté. L'efficacité du droit résultant du système juridictionnel a donc été établie dans ce cadre par voie jurisprudentielle. Elle résulte surtout de la méthode d'interprétation et de la procédure préjudicielle instaurée par l'article 177 du traité CE.

En interprétant le droit communautaire, la Cour se détache généralement de la qualification que donnent les droits nationaux aux termes juridiquement déterminants pour rechercher la portée qui concorde le mieux avec les finalités du droit communautaire. Cette méthode lui permet non seulement de contribuer à l'application homogène des principes juridiques existants, mais encore de faire évoluer les règles en fonction de leur «effet utile», c'est-à-dire qu'elle peut appliquer les règles à des faits qui, en vertu d'une seule interprétation «nationale», n'auraient pas été concernés. D'après la Cour «les notions et qualifications juridiques établies par le droit national ne sauraient affecter l'interprétation ou la force obligatoire du droit communautaire».⁹⁶

Lorsque, par exemple, la Cour qualifie le versement du salaire en cas de maladie de prestation de sécurité sociale alors qu'en vertu du droit national il s'agit d'une notion de droit contractuel, les règles communautaires en matière de coordination des régimes nationaux de sécurité sociale trouveront application.⁹⁷

Souvent, il faut le dire, l'interprétation téléologique aboutit à des solutions qui sont favorables au processus d'intégration. C'est surtout dans le cadre des quatre libertés fondamentales que la Cour a le mieux assuré la réalisation des objectifs communautaires. Ainsi, par exemple, la notion de travailleur a-t-elle reçu une interprétation très large afin de définir de façon extensive le champ d'application personnel de ce droit fondamental instauré par les traités.⁹⁸ La même méthode a aussi été utilisée pour la liberté d'établissement⁹⁹ et la libre prestation des services.¹⁰⁰

96 CJCE, affaire C-360/90, *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin c. Bötzel*, arrêt du 4 juin 1992, non encore publié.

97 CJCE, affaire C-45/90, *Paletta et autres c. Brennet AG*, arrêt du 3 juin 1992, non encore publié.

98 CJCE, affaire 53/81, *Levin c. Secrétaire d'Etat à la justice*, Rec. 1982, 1035.

99 CJCE, affaire 2/74, *Reyners c. Belgique*, Rec. 1974, 631.

100 CJCE, affaire 427/85, *Commission des Communautés européennes c. République Fédérale d'Allemagne*, Rec. 1988, 1123.

Dès lors que cette interprétation est en principe obligatoire pour la juridiction nationale concernée,¹⁰¹ l'application des règles de façon «autonome» constitue une composante de l'efficacité du droit communautaire.

En cas de doute sur l'interprétation des règles communautaires, le juge national peut, voire doit, recourir à la procédure préjudicielle prévue par l'article 177 du traité CEE.¹⁰² En aucun cas, il ne peut décider lui-même de la non-validité d'un acte de droit communautaire.¹⁰³ Ici encore, apparaît le souci d'homogénéité dans l'application du droit communautaire. Tant que la Cour n'a pas statué en vertu de l'article 173 du traité CE sur la légalité d'un acte, le juge national n'est pas autorisé à l'écarter. Néanmoins, l'efficacité du droit communautaire définie ainsi ne saurait conduire à grever des droits individuels d'un acte susceptible d'être invalidé. En effet, tel qu'il ressort de la jurisprudence communautaire, le juge national reste en droit d'ordonner des mesures provisionnelles jusqu'à ce que la validité de l'acte mis en cause soit établie et à condition que les doutes à l'égard de cette validité soient suffisamment importants.¹⁰⁴ Une solution contraire serait d'ailleurs incohérente avec la conception même du droit communautaire dont l'efficacité résulte en grande partie de la protection judiciaire des droits individuels¹⁰⁵ – dont la protection par voies provisionnelles.¹⁰⁶

Dans l'ensemble, l'efficacité du droit communautaire, telle qu'elle se profile à travers les voies juridictionnelles, est due notamment au dialogue entre les juridictions nationales et la Cour de justice. La procédure préjudicielle prévue par l'article 177 du traité CE s'est révélée comme d'autant plus porteuse que la jurisprudence communautaire a su écarter tout frein résultant de la procédure nationale et tout détournement de cette disposition. Nous nous limitons ici à renvoyer à la jurisprudence ainsi qu'à la doctrine traitant du sujet.¹⁰⁷

Si la procédure prévue par l'article 177 du traité CE a donc permis à la Cour de justice de contribuer à l'efficacité du droit communautaire, la

101 CJCE, affaire 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH und Co c. République fédérale d'Allemagne*, Rec. 1986, 947.

102 Sur l'obligation de saisir la Cour, voir CJCE, affaire 283/81, *Cilfit*, supra note 20.

103 CJCE, affaire 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec. 1987, 4199.

104 CJCE, affaire C-143/88, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe*, Rec. 1991, 415.

105 Barav, «La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire», in *Mélanges Boulouis* (1991) 15.

106 CJCE, affaire C-213/89, *Factortame c. The Queen*, Rec. 1990, 3906; CJCE, affaire C-195/90, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, Rec. 1992, 3141; voir l'article 185 du traité CE.

107 Voir CJCE, affaire 102/81, *Nordsee c. Reederei Mond*, Rec. 1982, 1095 répondant par la négative en ce qui concerne un tribunal arbitral; affaire 246/80, *Brockmeulen c. Huisarts Registratie Commissie*, Rec. 1981, 2311; affaire 6/64, *Costa c. ENEL*, Rec. 1964, 1251; affaire 146/73, *Rheinmühlen c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. 1974, 139; affaire 244/80, *Foglia c. Novello II*, Rec. 1981, 3045; affaire 104/79, *Foglia c. Novello I*, Rec. 1980, 745.

coopération des juridictions nationales dans le cadre de cette procédure reste nécessaire et incombe aux Etats membres en vertu de l'article 5 du traité CE. Ce sujet sera examiné au chapitre traitant de la coopération.

2. L'immédiateté

L'efficacité des normes comme problème général du droit se traduit d'une part par l'application des règles, d'autre part par l'interprétation des règles qui, telle qu'elle est pratiquée par la Cour, attribue un caractère évolutif aux normes. C'est ce dernier point qui atteste du caractère particulier de l'efficacité du droit communautaire que nous nous attellerons à étudier.

Quant à l'application du droit communautaire, l'efficacité résulte de l'effet direct qu'une jurisprudence constante attribue sous certaines conditions aux règles du traité ainsi qu'aux actes du droit dérivé. Depuis l'affaire *Van Gend & Loos* jugée par la Cour en 1963¹⁰⁸ il est établi que toute disposition des traités qui est suffisamment claire et inconditionnelle et qui ne nécessite pas une intervention législative des Etats a un effet direct et a dès lors qualité de créer des droits pour les particuliers.¹⁰⁹ L'importance revenant à la protection de droits individuels est marquée par le fait que la Cour rejette expressément l'idée selon laquelle les voies de droit prévues par les articles 169 et 170 du traité CE exclueraient la possibilité pour les particuliers d'invoquer directement devant le juge national la règle concernée.¹¹⁰ L'individu, en tant que porteur de droits subjectifs, devient un paramètre primordial pour la mise en œuvre efficace du droit communautaire.

A côté de cette fonction axée sur les droits subjectifs, l'effet direct du droit communautaire sert aussi à l'application homogène de ce dernier dès lors qu'il signifie, aux termes de la jurisprudence, que les règles communautaires «doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité».¹¹¹

L'effet direct ne saurait d'ailleurs être entravé par le fait que le juge national, face à une disposition du droit interne contraire au droit communautaire, soit obligé, en vertu de la procédure nationale, d'attendre l'annulation de cette disposition par une autorité interne supérieure.¹¹²

108 CJCE, affaire 26/62, *supra* note 11.

109 Sur la portée de l'affaire 26/62 voir Lecourt, «Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964», in *Mélanges Boulouis*, 349.

110 CJCE, affaire 26/62, *supra* note 11.

111 CJCE, affaire 106/77, *Simmenthal c. Amministrazione delle finanze dello Stato (Simmenthal II)*, Rec. 1978, 629.

112 CJCE, affaire 106/77, *Simmenthal II*, *supra* note 111; voir aussi Carreau, «Droit communautaire et droits nationaux – concurrence ou primauté?», *Revue Europe* (1978) 15.

L'effet direct du droit communautaire primaire ne crée pas seulement des obligations à l'égard des Etats membres d'éviter certaines attitudes,¹¹³ comme par exemple celle de ne pas augmenter les droits de douane à l'importation (affaire *Van Gend & Loos*), mais il peut s'agir aussi d'une obligation de faire.¹¹⁴ L'effet direct d'une disposition communautaire ne permet néanmoins pas à l'individu d'obliger le législateur national d'adopter les mesures nécessaires au vu du traité, bien que récemment, la jurisprudence ait établi la responsabilité de l'Etat en tant que «substitut» d'une telle obligation.¹¹⁵ L'application des règles communautaires place donc l'individu dans la situation dont il aurait bénéficié si l'Etat membre en question avait rempli ses obligations.

Pour déterminer si une disposition de droit primaire nécessite un effet direct, la Cour interprète en fonction des buts et des finalités de la règle concernée.¹¹⁶ Ce qui a été dit au sujet de «l'effet utile» en tant que composante de l'efficacité du droit communautaire peut être répété ici. Ce n'est pas la manière dont les Etats membres doivent se conformer au droit communautaire, mais encore une fois la portée des droits individuels qui importe lors de la mise en œuvre des règles. D'après la Cour, il ne suffit pas que les autorités nationales soient habilitées à accorder des exemptions ou dérogations aux règles nationales contraires aux traités.¹¹⁷ Le droit communautaire ne se contente dès lors pas de confier des droits discrétionnaires, mais il contient pour être efficace des prétentions inconditionnelles envers l'Etat. Forcément, la règle isolée et son contenu font d'elle un droit directement invocable.¹¹⁸ En revanche, le droit communautaire primaire dans son ensemble, notamment les buts et les finalités des traités tels qu'ils sont définis dans le préambule ou dans des dispositions plus générales que la règle en question, sont selon la Cour exempts de l'effet direct.¹¹⁹

L'effet direct du droit communautaire dérivé ressort du texte même du traité dès lors qu'il s'agit d'actes qui ont une portée générale – tels que les règlements au sens de l'article 189 paragraphe 2 du traité CE – ou qui s'adressent à des particuliers, ceci sous forme de décision selon l'article 189 paragraphe 4. En revanche, à la seule lecture de l'article 189 du traité CE, l'application immédiate des actes adressés aux Etats membres – qu'il

113 Voir par exemple CJCE, affaires jointes 2 et 3/69, *Diamantarbeiders c. SA Ch. Brachfeld and Sons et autres*, Rec. 1069, 211.

114 CJCE, affaire 57/65, *Lütticke c. Hauptzollamt Saarland*, Rec. 1966, 257.

115 Voir *infra* note 136.

116 CJCE, affaire 2/74, *Reyners*, *supra* note 99.

117 CJCE, affaire C-221/89, *Factortame c. The Queen (Factortame II)* Rec. 1990, 3906, considérant 38; CJCE, affaire 82/77, *van Tiggele c. Pays-Bas*, Rec. 1978, 25; affaire 27/80, *Procédure pénale contre Fietje*, Rec. 1980, 3839.

118 Voir la liste des dispositions directement applicables chez G. Isaac, *Droit communautaire général* (1992) 160, 161.

119 CJCE, affaire 43/75, *Defrenne II*, *supra* note 11.

s'agisse de décisions ou de directives – semble heurter le système même de l'élaboration et de la typologie des actes.

Néanmoins, la limitation de l'effet direct aux seuls règlements n'aurait pas permis de faire respecter l'ordre juridique dans son ensemble. Comme une partie des règles nécessitent une mise en œuvre par les Etats membres, l'efficacité du droit communautaire se verrait compromise en cas de manquement de ces derniers. La Cour ne s'est donc pas arrêtée aux données de l'article 189 du traité CE. Elle estime que si, selon l'article 189, les règlements sont directement applicables, cela n'implique pas forcément que «d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire d'effets analogues».¹²⁰

Dans un premier temps, la Cour décida, au sujet d'une décision destinée aux Etats membres, «qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la décision, d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des personnes concernées».¹²¹ L'aspect particulièrement intéressant de cette jurisprudence réside dans le fait que la Cour, pour appuyer son raisonnement, se réfère à l'effet utile de la décision qui serait «affaibli si les justiciables de cet Etat étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire».¹²² Elle fait ressortir que le fil conducteur de l'efficacité du droit communautaire consiste en la protection des droits individuels.

A travers une évolution jurisprudentielle bien connue, la Cour admet l'effet direct des directives¹²³ alors que, selon la conception de l'article 189 du traité CE, cet instrument s'adresse aux Etats membres destinataires «quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens».¹²⁴ A titre de rappel, nous signalons que l'obligation résultant d'une directive doit toutefois être inconditionnelle et suffisamment précise pour avoir un effet direct.¹²⁵ Il s'agit dès lors en général de dispositions d'une directive, et non pas de la directive dans son

120 CJCE, affaire 9/70, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, Rec. 1979, 825; plus récent, CJCE, affaire C-156/91, *Hansa Fleisch c. Landrat Kreis Schleswig-Flensburg*, arrêt du 10 novembre 1992, non encore publié.

121 CJCE, affaire 9/70, *Franz Grad*, *supra* note 120.

122 CJCE, affaire 9/70, *Franz Grad*, *supra* note 120; voir J. Boulouis *et al.*, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes* (1991) 37, 38.

123 Voir sur la question en général, Farra, «L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité», *RTDE* (1992) 631.

124 Article 189, paragraphe 3 du traité CE; sur le degré d'acceptation de cette jurisprudence dans les Etats membres voir G. Isaac, *Droit communautaire*, 165, 166; en particulier en Italie, voir Winkler, «Italien, das EG-Recht und die Direktwirkung der Richtlinien», *EuZW* (1992) 443.

125 CJCE, affaire 148/78, *Ratti c. Italie*, Rec. 1978, 1629.

ensemble, auxquelles on attribue l'effet direct.¹²⁶ Comme deuxième condition, la Cour exige que le délai fixé aux Etats membres pour introduire les dispositions d'une directive dans leur ordre juridique interne soit arrivé à expiration.¹²⁷ Seules les directives non transposées à temps ou mal transposées sauraient être invoquées directement.¹²⁸

En ce qui concerne le fondement de l'effet direct des directives, il ressort du considérant 23 de l'arrêt *Ratti* que «l'Etat membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par la directive, ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte»,¹²⁹ en un mot, il s'agit de l'interdiction de l'abus du droit.

Ainsi s'explique que l'effet direct des directives a, jusqu'à présent, toujours été utilisé par la Cour pour en déduire des droits subjectifs au profit des particuliers et à l'encontre des Etats. Le droit des particuliers découlant d'une directive ne se limite pas forcément à la possibilité d'empêcher un traitement non désiré de la part des administrations nationales,¹³⁰ mais il peut encore s'agir du droit de demander une prestation étatique positive.¹³¹ Cette finalité particulière de la jurisprudence exclut d'ailleurs qu'elle soit élargie aux rapports entre personnes privées. La Cour rejette une telle application «horizontale» des directives¹³² et les récents jugements nationaux qui ouvrent tout de même cette possibilité, ne sont pas conformes à la jurisprudence communautaire.¹³³

L'objectif de la Cour d'assurer une protection judiciaire efficace des droits découlant du droit communautaire ressort aussi du fait que l'effet direct d'une directive non transposée à temps ne saurait influencer le cours des délais procéduraux nationaux en défaveur du justiciable. L'effet d'une directive directement applicable n'équivaut pas à l'existence d'une loi nationale correctement adaptée, car l'incertitude qui résulte du retard imputé au législateur national subsiste; dès lors, l'Etat membre concerné ne saurait opposer aux bénéficiaires des droits, découlant de la directive, l'échéance d'un délai auquel est soumise l'action en justice tant qu'il n'a pas transposé la di-

126 CJCE, affaire 8/81, *Becker c. Finanzamt Münster*, Rec. 1982, 53; CJCE, affaires jointes C-19/90 et C-20/90, *Symvoulio Epikrateias c. Grèce*, Rec. 1991, 2691; CJCE, affaire C-381/89, Procédure pénale *Athinon c. Grèce*, Rec. 1992, 2111.

127 CJCE, affaire 148/78, *Ratti*, *supra* note 125.

128 Sur les critères, voir Classen, «Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen», *EuZW* (1993) 83 et Wegmüller, «Der Anwendungsvorrang von EG-Richtlinien», *RIW* (1991) 501.

129 Confirmé récemment par CJCE, affaire C-188/89, *Foster c. British Gas*, Rec. 1990, 3313.

130 CJCE, affaire 8/81, *Becker*, *supra* note 126.

131 Voir à ce sujet Jarass, «Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien», *NJW* (1991) 2665, 2667.

132 CJCE, affaire 152/84, *Marshall c. Southampton Health Authority*, Rec. 1986, 723.

133 Voir OLG Celle: Unmittelbare Anwendung der EG-Richtlinie 85/577 in Spanien, *EuZW* (1990) 550 et Herber, «Direktwirkung sogenannter horizontaler EG-Richtlinien?», *EuZW* (1991) 401; AG Bremerhaven: Unmittelbare Geltung der EG-Richtlinie 85/577 in Spanien, *EuZW* (1990) 294.

rective dans son droit national.¹³⁴ De plus, le juge national est tenu d'appliquer d'office les dispositions pertinentes d'une directive non-transposée sans que le justiciable soit obligé de l'invoquer en cours de procédure.¹³⁵

Dans la logique de l'évolution de la jurisprudence relative à l'effet direct du droit communautaire, qui, comme nous l'avons souligné, a connu certaines extensions, dont l'objectif principal a toujours été la protection des individus, l'octroi d'une prétention en dommages et intérêts contre l'Etat membre défaillant se justifie. C'est encore la «pleine efficacité des normes communautaires ... et la protection des droits qu'elles reconnaissent» qui amènent la Cour à conclure à l'existence d'un principe fondant «la responsabilité de l'Etat pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire».¹³⁶

Ainsi, les droits découlant d'une directive qui, par omission de l'Etat membre concerné, ne peuvent devenir efficaces,¹³⁷ sont remplacés par une obligation de substitution en espèces. La sanction, qui fait défaut dans le cadre de l'action en manquement de l'article 169, est obtenue à travers la procédure préjudicielle de l'article 177 du traité CE. Il faut rappeler que la Cour avait constaté auparavant le manquement de l'Etat membre concerné du seul fait de la non-transposition d'une directive.¹³⁸ L'arrêt *Francovich*, qui est donc en quelque sorte le dernier pas de l'évolution jurisprudentielle et dont l'audace n'a pas manqué de susciter un large débat doctrinal,¹³⁹ montre à quel point l'efficacité du droit communautaire est dépendante de l'individu.

Des traces de l'efficacité du droit communautaire par le biais de l'effet direct se retrouvent non seulement dans des situations internes à la Communauté, mais également dans des accords conclus entre la Communauté et des Etats tiers.

De par le système du partage des tâches, la Communauté dispose de larges compétences en matière de relations extérieures. Elle peut conclure des traités commerciaux sur la base de l'article 113 du traité CE ou des accords d'association en vertu de l'article 238 du traité CE.¹⁴⁰ Selon la jurisprudence de la Cour de justice, des compétences extérieures de la Communauté existent aussi dans tous les domaines où les traités prévoient des com-

134 CJCE, affaire C-208/90, *Emmott c. Minister for Social Welfare*, Rec. 1991, 4269.

135 CJCE, affaires jointes C-87/90, 88/90, 89/90, *Verholen et autres c. Sociale Verzerkeringsbank*, Rec. 1991, 3757.

136 CJCE, affaires jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci c. Italie*, Rec. 1991, 5357. Sur les aspects étant en rapport avec l'article 5 du traité CE, voir le chapitre sur la coopération.

137 CJCE, affaires jointes C-6/90 et C-9/80, *Francovich*, *supra* note 136, considérant 27.

138 CJCE affaire 22/87, *Commission c. Italie*, Rec. 1989, 143.

139 Karl, «Die Schadensersatzpflicht der Mitgliedstaaten bei Verletzung des Gemeinschaftsrechts», *RIW* (1992) 440; Fischer, «Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht», *EuZW* (1992), 41; Nessler, «Richterrecht wandelt EG-Richtlinien», *RIW* (1993) 206, 208.

140 Pour plus de détails, voir Stein, «External Relations of the European Community: Structure and Process», *AEL* (1990) I-1, 115ss.

pétences d'attribution régissant les situations intra-communautaires.¹⁴¹ Aux termes de l'article 228, alinéa 2 du traité CE, les accords conclus sur la base de ces compétences lient les institutions de la Communauté et les Etats membres; ils font donc partie intégrante de l'ordre juridique communautaire.¹⁴² Tel est le cas notamment des accords d'association conclus en vertu de l'article 238 du traité CE.¹⁴³ Mais ceci ne signifie pas qu'ils aient forcément un effet direct tel que nous l'avons décrit ci-dessus dans le cadre du droit communautaire interne.

Les conditions d'une application directe des conventions internationales ne correspondent pas aux seuls critères développés par la jurisprudence dans le contexte interne.¹⁴⁴ La Cour examine notamment si les obligations découlant des accords sont inconditionnelles, si les parties contractantes peuvent se retirer librement de leurs engagements ou encore si, en termes de réciprocité, l'autre partie reconnaît aussi un effet direct.¹⁴⁵ Sur la base de ces critères, la Cour a rejeté, par exemple, l'idée d'un effet direct de certaines dispositions du GATT.¹⁴⁶ Par contre, elle a admis dans le cadre des accords de libre-échange conclus avec les Etats membres de l'A.E.L.E., que certaines dispositions concernant l'imposition de produits étrangers soient qualifiées de droits directement applicables,¹⁴⁷ alors que d'autres, dont le libellé correspond pourtant aux articles 30 à 36 du traité CE, n'ont pas reçu cette qualification.¹⁴⁸

Il faut distinguer ici la question de l'effet direct des accords, de la question de savoir dans quelle mesure des actes pris sur la base de ces conventions peuvent créer des droits individuels au profit des justiciables. Les accords d'association conclus sur la base de l'article 238 du traité CE prévoient généralement la mise en place d'une structure institutionnelle – revenant dans la plus grande partie aux Conseils d'associations – apte à définir les règles qui concrétisent les dispositions de l'accord.¹⁴⁹ On pourrait donc parler d'un droit dérivé découlant des accords d'association.¹⁵⁰ Les règles

141 CJCE, affaire 22/70, *Commission c. Conseil (AETR)*, Rec. 1971, 263.

142 CJCE, affaire 181/73, *Haegeman c. Belgique (Haegeman II)*, Rec. 1973, 449; confirmé par une jurisprudence constante, CJCE, affaire 12/86, *Demirel*, supra note 38; CJCE, affaire C-192/89, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, Rec. 1990, 3461.

143 Rumpf, «Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Assoziation EG-Türkei», *RIW* (1993) 214, 216.

144 Voir sur la nécessité d'une différenciation Tomuschat, «Zur Rechtswirkung der von der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossenen Verträge in der Gemeinschaftsrechtsordnung», in G. Lüke *et al.*, (éds.) *Mélanges Constantinesco* (1983) 801, 803ss.

145 Voir l'aperçu chez B. Beutler *et al.*, *Die Europäische Union*, 523.

146 CJCE, affaire 21 à 24/72, *International Fruit c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, Rec. 1972, 1219.

147 CJCE, affaire 104/81, *Mainz c. C.A. Kupferberg und Cie*, Rec. 1982, 3641.

148 CJCE, affaire 270/80, *Polydor c. Harlequin Records*, Rec. 1982, 329.

149 Gilsdorf in H. Groeben *et al.*, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, article 238/37.

150 Gilsdorf, «Die Rechtswirkungen der im Rahmen von Gemeinschaftsabkommen erlassenen Organbeschlüsse», *EuZW* (1991) 459.

émises sur la base d'un accord d'association peuvent avoir un effet direct alors que les dispositions de l'accord lui-même ne sont pas directement invocables. La Cour a de la sorte refusé de reconnaître un effet direct à certaines dispositions de l'accord d'association conclu entre la Communauté et la Turquie¹⁵¹ relatives à la libre circulation des travailleurs ressortissants de la Turquie.¹⁵² Elle a en revanche reconnu l'effet direct d'une interdiction de discrimination relevant de l'accord de coopération de 1974 liant la Communauté et le Maroc.¹⁵³

En ce qui concerne l'accord d'association conclu avec la Turquie, il convient d'admettre le caractère programmatoire de certaines dispositions, vu qu'il appartenait au seul conseil d'association de définir les conditions précises d'un droit à la libre circulation.¹⁵⁴ En revanche, il sied d'approuver la jurisprudence reconnaissant un effet direct à certaines règles relevant des décisions prises par le Conseil d'association – en l'occurrence, il s'agissait des décisions 2/76 et 1/80 contenant des dispositions sur la libre circulation des personnes – au motif qu'elles sont en rapport direct avec l'accord d'association lui-même et qu'elles ont une portée suffisamment précise excluant la nécessité de l'adoption d'autres actes plus concrets.¹⁵⁵ Du moment que les parties contractantes ont délégué aux organes d'association la tâche de prendre des mesures destinées à concrétiser l'accord, le fait de reconnaître un effet direct à ces mesures n'en est qu'une conséquence logique.¹⁵⁶ Il y va comme pour l'effet direct des actes pris sur la base des compétences attribuées aux organes communautaires.

Or, la conséquence particulière de cette jurisprudence réside dans le fait que les règles directement applicables se substituent aux règles nationales adoptées par les Etats membres dans le cadre de la politique nationale d'immigration. Ainsi, un domaine qui en principe est réservé à l'autorité des Etats membres,¹⁵⁷ devient communautaire par le biais d'un accord conclu sur la base des compétences de politique extérieure pour les personnes ressortissant de l'Etat partie à l'association. La mise à l'écart des compétences nationales, potentiellement possible à travers l'article 238 du traité CE, devient effective

151 JOCE 217 du 29 décembre 1964, 3687.

152 Voir à ce sujet en général Lörcher, «Die Rechte der türkischen Arbeitnehmer/innen nach der Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta durch die Türkei und dem Sevince-Urteil des EuGH», *EuZW* (1991) 395; Stangos, «Les ressortissants d'Etats tiers au sein de l'ordre juridique communautaire», *CDE* (1992) 306.

153 CJCE, affaire C-18/90, *Onem c. Kziber*, Rec. 1991, 191.

154 CJCE, affaire 12/86, *Demirel*, *supra* note 38.

155 CJCE, affaire C-192/89, *Sevince*, *supra* note 142; confirmé par CJCE affaire C-237/91, *Kus c. Landeshauptstadt Wiesbaden*, non encore publié au recueil officiel.

156 Gilsdorf, «Die Rechtswirkungen», *EuZW* (1991) 461.

157 CJCE, affaires 281, 283 à 285 et 287/85, *Allemagne c. Commission*, Rec. 1987, 3203; voir aussi l'article K1 du traité sur l'Union européenne instituant la coopération des Etats membres dans le domaine de la politique d'immigration; voir aussi Ketelsen, «Einreise, Aufenthalt und Ausweisung von Ausländern aus Drittstaaten», *ZGRV* (1991) 115, 120.

avec la reconnaissance d'un effet direct aux droits découlant des accords d'association.

Bien que la jurisprudence des Etats membres semble accepter les résultats de l'effet direct des normes du droit communautaire, on constate récemment, au niveau politique, une tendance visant à contrôler voire orienter la jurisprudence de la Cour. Ainsi l'on note une déclaration de la Conférence intergouvernementale adoptée à l'occasion de la signature de l'Acte unique (1986) relative à l'article 8A du traité CEE¹⁵⁸ et plus récemment la déclaration du Conseil européen du 12 décembre 1992 relative au principe de subsidiarité.¹⁵⁹ Ces déclarations à elles seules ne peuvent pas empêcher la Cour d'accorder l'effet direct à une disposition de droit communautaire. Toutefois, il y a lieu d'interpréter ces déclarations comme une tentative de rendre prévisibles les conséquences pratiques du droit communautaire et d'éviter le «débordement» de l'efficacité de cet ordre juridique. Cette nouvelle orientation politique confirme ainsi la réalité, voire l'efficacité du droit européen.

3. La hiérarchie des normes

Dès lors que l'existence de normes communautaires directement applicables peut conduire à une collision entre ces dernières et le droit interne des Etats membres, la question de la hiérarchie se pose. En cas de conflit entre deux règles, l'une d'elles doit céder le pas. La règle de conflit régissant les rapports entre droit communautaire et droit national doit tenir compte du système mis en place par les traités, notamment du fait qu'en instituant les Communautés européennes, les Etats membres ont délégué, sous forme de compétences d'attribution, une part de leur souveraineté aux organes communautaires. L'application directe a donc son corollaire dans la prééminence des règles communautaires. Dans l'affaire *Costa c. ENEL*,¹⁶⁰ la Cour préconise en effet la primauté du droit communautaire en se basant sur la limitation des droits souverains des Etats membres, et de ce fait sur la création d'un corps de droits directement applicables.

Théoriquement, la primauté peut entraîner plusieurs conséquences: soit elle oblige l'Etat membre concerné d'abroger, par voie législative ou par un organe judiciaire d'ordre constitutionnel, la loi contraire au droit communautaire, soit elle a pour effet de briser le droit national (à l'instar de l'article 31 de la loi fondamentale allemande *Bundesrecht bricht Landesrecht*), soit encore elle se contente de le laisser inappliqué.¹⁶¹ La Cour a opté pour la

158 Voir *infra* chapitre IV.B.

159 Voir *infra* chapitre VI.B.

160 CJCE, affaire 6/64, *Costa c. ENEL*, Rec. 1964, 1141.

161 Lipsen, «Die Rolle des Prozessrichters in der Vorrang-Frage», *EuR* (1979) 222, 235.

troisième solution dans l'arrêt *Simmenthal II*,¹⁶² en ordonnant au juge national d'assurer le plein effet du droit communautaire et de laisser «au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel».

Si les juridictions nationales, notamment sous l'angle du droit constitutionnel interne,¹⁶³ ont eu au début de la peine à accepter la primauté, celles-ci l'ont admise de manière progressive,¹⁶⁴ de sorte qu'aujourd'hui, la primauté du droit communautaire nous est présentée comme un acquis juridique.¹⁶⁵ Depuis peu, la primauté du droit communautaire s'est même imposée aux conceptions constitutionnelles britanniques préconisant la souveraineté illimitée du Parlement.¹⁶⁶ C'est dans l'affaire *Factortame I* que la Cour a ordonné au juge britannique de prendre des mesures provisionnelles à l'égard d'une loi parlementaire alors que de telles mesures sont en principe exclues sous l'angle du droit national.¹⁶⁷

La fidélité de certaines juridictions nationales – même d'ordre constitutionnel – à l'égard de la primauté du droit communautaire va jusqu'à considérer comme irrecevable, sur le plan des procédures internes, la question de savoir si une loi nationale est conforme à la constitution nationale, du moment qu'il est établi que cette loi est de toute façon inapplicable de par sa non-conformité avec le droit communautaire.¹⁶⁸

162 CJCE, affaire 106/77, *Simmenthal II*, *supra* note 111; jurisprudence constante, voir récemment, affaire C-381/89, *Athinon c. Grèce*, *supra* note 126.

163 Voir CJCE, affaire 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. 1970, 1125 et l'opposition à cette jurisprudence faite par la Cour constitutionnelle allemande, *BVerfGE* 37, 271, *Solange I*.

164 Barav, «Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de *Simmenthal*», *RTDE* (1985) 313, concernant notamment l'arrêt *Granital* de la Cour constitutionnelle italienne; voir aussi Daniele, «Après l'arrêt *Granital*: Droit communautaire et droit national dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne», *CDE* (1992) 3; voir l'évolution de la jurisprudence allemande *BVerfGE* 52, 187; *BVerfGE* 58, 1; *Eurocontrol I*, *BVerfGE* 73, 339; Cour de Cassation française, *Crim Ramel*, D 1971, 221, Cour Cass. *Jacques Vabre*, D 1975, 497, Conseil d'Etat, *Syndicats des producteurs de semoule*, D 1968, 285, Conseil d'Etat, *Nicolo*, D 1990, 135.

165 J. Boulouis, *Droit institutionnel des Communautés européennes* (1991) 229, 230; pour une redéfinition du principe néanmoins Cross, «Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analyses», *CML Rev.* (1992) 447.

166 Voir à ce sujet Kinder-Gest, «Primauté du droit communautaire et droit anglais ou comment concilier l'inconciliable», *RAE* (1991) 19; Smith, «Fischereipolitik, EG-Recht und die britische Justiz», *EuZW* (1992) 308.

167 CJCE, affaire C-213/89, *Factortame*, *supra* note 106; Schwarze, «Grundzüge und neuere Entwicklung des Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft», *NJW* (1992) 1065, 1071; S. Davis, *Theorie und Praxis der Bewältigung des Verhältnisses zwischen EG-Recht und englischer Rechtsordnung* (1991).

168 *BVerfG*, *EuZW* (1992) 319.

4. Les rapports d'application

Si l'individu, en tant que porteur de droits subjectifs, est un facteur primordial de l'efficacité, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas toujours seulement bénéficiaire de l'ordre juridique communautaire. Ce dernier peut aussi comporter des contraintes à l'égard du justiciable que ce soit sur le plan des rapports entre celui-ci et l'Etat ou au niveau des relations entre personnes privées. L'application de dispositions prohibitives constitue aussi une composante de l'efficacité. Cette tâche revient en premier lieu aux administrations nationales.¹⁶⁹

L'exécution des règles communautaires qui, en principe, prend place dans le cercle d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres,¹⁷⁰ peut avoir pour effet – tout comme c'est le cas de règles nationales – de grever des droits individuels y compris ceux ayant un rang constitutionnel.¹⁷¹ C'est finalement l'exécution administrative des règles communautaires qui en détermine l'efficacité. Néanmoins, le souci d'efficacité ne doit pas conduire à anéantir les garanties d'une protection juridictionnelle effective telle qu'elle existe dans les systèmes procéduraux des Etats membres.¹⁷² Ainsi, par exemple, durant le cours d'une procédure préjudicielle au sens de l'article 177 du traité CE, la suspension provisoire de l'acte administratif basé sur un règlement communautaire dont la légalité est mise en cause devant la Cour doit rester possible.¹⁷³ Le conflit entre l'application efficace et homogène du droit communautaire, d'une part et, la protection des droits individuels par le biais de règles matérielles et procédurales des Etats membres d'autre part, conduit à la création d'un droit administratif communautaire.

L'individualisation du droit communautaire décrite ci-dessus en tant que composante de l'efficacité ne manque pas d'influer sur les rapports juridiques horizontaux. L'application des règlements aux relations entre personnes privées va de soi dès lors que selon l'article 189 du traité CE «le règlement a une portée générale» et «est directement applicable dans tout Etat membre», comme il en est de toute loi d'ailleurs. Certains règlements contiennent des dispositions expresses statuant par exemple sur l'application

169 Boulouis-Debbasch, «L'influence du processus d'intégration communautaire sur les administrations nationales», in *Mélanges Boulouis*, 113, 114.

170 G. Isaac, *Droit communautaire*, 185; CJCE, affaires jointes 21 à 24/72, *International Fruit et autres c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, Rec. 1971, 1116; sur le rapport conflictuel entre l'autonomie exécutive des Etats membres et les devoirs découlant de l'article 5 du traité CE, voir le chapitre sur la coopération.

171 CJCE, affaire 29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*, Rec. 1969, 419; CJCE, affaire 44/79, *Hauer supra* note 20; CJCE, affaire 265/87, *Schröder c. Hauptzollamt Gronau*, Rec. 1989, 2237; CJCE, affaire C-177/90, *Kühn c. Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, Rec. 1992, 35.

172 CJCE, affaire C-143/88, *Zuckerfabrik supra* note 104.

173 CJCE, affaire C-143/88 *Zuckerfabrik supra* note 104, avec les observations de Goring, *JZ* (1992) 36, 39.

du principe de non-discrimination¹⁷⁴ dans des rapports entre travailleur et employeur privé.¹⁷⁵

En ce qui concerne le droit primaire, la jurisprudence a reconnu un effet direct horizontal à différentes dispositions des traités, notamment aux principes fondamentaux tels que la libre circulation des personnes¹⁷⁶ et l'égalité du traitement entre hommes et femmes.¹⁷⁷

Le devoir des particuliers de respecter les règles du droit communautaire et l'application de certains principes quasi-constitutionnels dans des rapports horizontaux, discutés également en droit constitutionnel national, sont des composantes qui contribuent à l'efficacité du droit communautaire. La réciprocité entre droits et obligations qui se dessine à travers ces rapports d'application est la preuve que nous nous trouvons en face d'un ordre juridique complet.

D. Conclusion

Si l'ordre juridique communautaire est démuné, pour l'essentiel, des instruments classiques d'exécution assurant le respect de ses règles, il n'en reste pas moins que l'efficacité du droit communautaire constitue un des aspects fondamentaux de l'intégration européenne. Dans l'ensemble, cette efficacité se profile au fur et à mesure que les porteurs de droits subjectifs réclament la mise en œuvre du droit communautaire et que les juridictions nationales prêtent l'assistance à l'efficacité de ce dernier. Ainsi, l'individu est à la fois bénéficiaire et promoteur de l'avancement de la Communauté.

III. Intangibilité¹⁷⁸

A. Introduction

La notion d'intangibilité vise les limites des modifications du droit communautaire, notamment du droit primaire (traités et principes non-écrits). Ce thème touche au fondement même de chaque ordre juridique. C'est, en effet, par sa capacité de définir et de faire respecter des limites qu'un ordre juridique se constitue. La fonction de beaucoup de normes juridiques consiste,

174 Article 6 du traité CE.

175 Article 7 du règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JOCE L 257 du 19 octobre 1968.

176 CJCE, affaire 13/76, *Dona c. Mantero*, Rec. 1976, 1333.

177 CJCE, affaire 43/75, *Defrenne II*, *supra* note 11.

178 Une partie de ce chapitre a été publiée sous le titre «Limites matérielles et formelles à la révision des Traités CE», *RMC* (1993) 343-350.

dès lors, à tracer des limites: limites à l'exercice du pouvoir de l'Etat, limites à un comportement individuel, limites aux compétences des organes, etc.

D'autre part, chaque ordre juridique se caractérise par sa capacité de flexibilité permettant de s'adapter à de nouvelles circonstances par la mise en question des limites définies antérieurement. En deçà d'une certaine rigidité,¹⁷⁹ un ordre juridique perd sa qualité, mais sans un minimum de flexibilité, un système juridique ne peut exister.

La dialectique entre flexibilité et rigidité ne se manifeste pas seulement en marge du système. En effet, à l'intérieur de chaque système, on observe des normes destinées à protéger des valeurs fondamentales qui sont quasiment intangibles, tandis que d'autres, moins importantes, peuvent être adaptées plus facilement. Une troisième catégorie de normes, procédurales, vise à permettre des adaptations selon des procédures déterminées.

La discussion des limites en droit communautaire est particulièrement intéressante, car elle contribue à mettre en exergue un tronc commun entre les systèmes juridiques nationaux et communautaires que l'on considère généralement comme «autonomes».

En effet, les interférences entre le droit communautaire et le droit des Etats membres, ainsi que, d'une manière horizontale, entre les constitutions des Etats, amplifient la flexibilité mais renforcent aussi le poids des éléments rigides communs.

Il faut toutefois noter que les réflexions autour du thème des limites se situent dans le contexte présent, c'est-à-dire à l'intérieur d'un cadre juridique existant. Dans une situation de révolution par exemple, la notion de «limites» changerait de qualité.

Ainsi, la notion de «limites» doit être considérée comme relative par rapport à un système juridique donné.

Chaque ordre juridique se transformant dans le temps, de telles transformations conditionnent aussi les normes, considérées comme intangibles, donc les valeurs mêmes du système.

De prime abord, le sujet semble aller à l'encontre des réalités politiques et juridiques de la Communauté européenne, organisation en transformation vers «l'Union européenne»; d'un autre côté, les limites aux révisions des traités peuvent aussi assurer une certaine stabilité et donc sécurité à un ordre juridique en constante évolution.

179 Le terme «rigidité» appliqué à la norme constitutionnelle possède un sens plus étroit: une Constitution est dite «rigide» lorsqu'elle établit en matière de révision une procédure distincte de celle prévue par la loi ordinaire, soit en rendant des révisions plus difficiles, soit en les excluant.

La doctrine juridique ne nous fournit-elle pas une réponse à la question des limites éventuelles à la révision des traités ? A cet égard, on peut citer l'affirmation particulièrement explicite de Bernhardt:¹⁸⁰

Les traités ne fixent aucune limite expresse aux révisions constitutionnelles. C'est ainsi, par exemple, qu'ils ne disent rien sur l'intangibilité des règles fondamentales énoncées aux articles 2 et 3 CEE, non plus que sur l'interdiction de modifications profondes des dispositions institutionnelles. On peut imaginer des modifications qui seraient contraires à la «philosophie» et aux principes généraux des traités et seraient donc contestables. Pourtant, il n'est guère possible d'indiquer des limites juridiques convaincantes en matière de révision des traités. En tout état de cause, dès lors que les procédures prescrites sont respectées, toutes les révisions sont possibles.

On doit signaler qu'en réalité, Bernhardt se prononce en même temps sur deux questions distinctes: celle du caractère contraignant des règles de procédure, qu'il accepte et celle des normes matérielles qu'il rejette. Nous reviendrons à cette distinction.

Récemment, et surtout dans le cadre du nouveau traité sur l'Union, certaines modifications suggèrent que l'on s'attarde sur ces questions:

- En premier lieu, plusieurs tentatives d'orienter la substance des révisions ultérieures font jour. Ainsi le nouvel article «N» du traité sur l'Union européenne qui remplace l'article 236 du traité CEE, prévoit déjà la prochaine révision des traités en 1996. A la différence de l'article 236, il ne se limite pas à déterminer les modalités d'une réforme, mais ajoute un élément matériel en précisant la substance même de cette révision. Ce nouvel article situe la réforme envisagée expressément dans le cadre des objectifs énoncés aux articles A et B du TUE.¹⁸¹
- D'autre part, l'article 8E du même traité qui concerne la citoyenneté européenne prévoit une procédure spécifique d'amendement (proposition de la Commission, consultation du Parlement, décision du Conseil, suivi de l'approbation des parlements des Etats membres). Cette procédure ne peut servir qu'à «compléter les droits prévus».
- Une autre tentative de conditionner le contenu d'une modification des traités, résultant cette fois-ci de l'expiration du traité CECA en l'an 2002, a été entamée par le Parlement européen il y a quelques semaines. Le Parlement, dans une résolution concernant la fusion des traités, souligna:

180 Bernhardt, «Les sources du droit communautaire: La Constitution de la Communauté», in Commission des CE (éd.) *Trente ans de droit communautaire* (1981) 73-86 (79).

181 «Une conférence des représentants des gouvernements des Etats membres sera convoquée en 1996 pour examiner, conformément aux objectifs énoncés aux articles A et B des dispositions communes, les dispositions du présent traité pour lesquelles une révision est prévue». Cf. déjà l'article 102A du traité CE tel qu'il a été introduit par l'article 20 de l'Acte unique de 1986.

que les objectifs du traité CECA sont de nature constitutionnelle et doivent de ce fait, être intégrés dans le nouveau traité de la Communauté européenne.¹⁸²

Le souci exprimé par le Parlement, visant à préserver la substance même du traité CECA en se fondant sur un argument juridique, («nature constitutionnelle») correspond à une tentative d'apporter une solution au fameux problème dit de la «boîte de Pandore», bien connu en droit constitutionnel: la procédure d'une révision constitutionnelle une fois entamée, comment limiter la substance de la réforme aux biens cherchés et éviter que les maux ne sortent en même temps de cette boîte fatale?

- En revanche, l'emploi du terme «irrévocable» dans la partie du TUE qui concerne l'Union économique et monétaire¹⁸³ n'implique pas une limitation de révision constitutionnelle. Il s'agit en réalité d'une interdiction qui s'adresse aux Etats membres, comparable aux interdictions résultant des articles 12 et 30 du traité CE.

Finalement, l'expérience pratique nous fournit des exemples de tentatives, visant ou impliquant une modification des traités par le biais des accords conclus en dehors des procédures prévues à cet effet par l'article 236.

Dans la doctrine, on cite habituellement deux cas seulement, qui datent du début de la Communauté. Il s'agit en effet de cas très spécifiques ne pouvant donc constituer de précédents de révision du traité CECA avant la fin de la période de transition.¹⁸⁴

Or, depuis plusieurs années déjà, un autre précédent existe illustrant ainsi l'actualité de la problématique: il s'agit de «l'accord interne» conclu par les Etats membres en vue d'arrêter les modalités de l'aide financière que la Communauté a souscrit dans les différentes Conventions de Lomé.¹⁸⁵ Par le biais de cet accord, les Etats membres ont déduit un montant substantiel de l'application des dispositions budgétaires du traité dérogeant de la sorte au principe de l'unicité et de l'universalité du budget, énoncé dans l'article 199 du traité CE. Le règlement financier, applicable à ces dépenses, a donc été adopté par le Conseil selon une procédure, qui, fondée sur l'article 32 de cet accord interne, déroge en pratique à la procédure prévue dans le traité CE, à savoir l'article 209.¹⁸⁶

La Cour aura bientôt l'occasion de se prononcer sur la conformité de ce procédé avec le traité, car elle est appelée, suite à un recours introduit par le Parlement contre le Conseil, à examiner la légalité du règlement financier adopté par le Conseil en vertu de cet accord.¹⁸⁷

182 Parlement européen, *Résolution* du 16 janvier 1992.

183 Art. 109G, 109 L du traité sur l'Union et art. 52 du protocole concernant le statut de la Banque centrale européenne, annexé au traité sur l'Union.

184 Cf. traité Sarre (1956) et traité sur les institutions communes (1958).

185 «Accord interne» du 16 juillet 1990, JOCE L 229/1991, 288.

186 «Règlement financier» du 29 juillet 1991, JOCE L 266/1991, 1.

187 Affaire C-316/91, *Parlement européen c. Conseil*, aucune décision prise à ce jour.

C'est la Cour de justice d'ailleurs, qui semble avoir confirmé récemment l'existence des limites matérielles à l'intérieur des traités mêmes: dans le premier avis qu'elle a rendu le 14 décembre 1991 au sujet du projet de l'accord créant «l'Espace économique européen», elle semble exclure d'emblée les modifications du traité CE qui portent atteinte aux fondements de la Communauté.

En effet, la Cour, après avoir constaté que le système juridictionnel envisagé par l'accord EEE, n'est pas compatible avec le traité CE, exclut expressément la possibilité de remédier à cette incompatibilité par une modification de l'article 238 et partant, par une révision des traités conformément à la procédure de l'article 236.¹⁸⁸

Les risques d'un conflit dans ce domaine, fondamental pour les rapports entre les institutions communautaires et les Etats membres, semblent augmenter, d'où l'intérêt pratique d'une réflexion à ce sujet. La doctrine et la jurisprudence seront examinées en premier lieu.

B. Doctrine et jurisprudence concernant les limites éventuelles d'une réforme des traités CE

1. Terminologie

La notion de révision est employée pour désigner les actes qui visent à modifier les termes des traités. La question tout aussi intéressante de savoir dans quelle mesure et sous quelles conditions la pratique constitutionnelle, c'est-à-dire la jurisprudence, les accords interinstitutionnels, le comportement des institutions, peuvent être modifiés, demanderait une étude en soi, et ne sera donc pas abordée ici.

Il est nécessaire à ce stade de faire une distinction – connue d'ailleurs dans le cadre du droit constitutionnel étatique – entre les limites matérielles, d'une part, et des limites formelles d'autre part.

On considère comme limite matérielle toute restriction portant sur le pouvoir de réviser la substance des traités.

Les limites formelles concernent la manière dont une révision est apportée aux traités. Dans le cas des traités communautaires, les limites formelles résultent des dispositions de procédure, notamment de l'article 236.

La doctrine, elle, s'est surtout intéressée aux limites formelles.

188 CJCE, avis 1/1991 EEE du 14 décembre 1991, JOCE 110/1992, 1.

2. Les limites formelles

La discussion a tourné, jusqu'à présent, autour de la définition des Etats membres comme «maîtres des traités», la principale question étant de savoir si les Etats membres pouvaient modifier les traités sans respecter les procédures spécifiques établies à cet effet par les traités eux-mêmes.

Les défenseurs de cette hypothèse se fondent sur l'origine internationale des traités. Ils sont de l'avis que la règle de droit international, selon laquelle tout traité peut être révisé par un accord unanime des parties, continue à s'appliquer aux traités communautaires. Parmi les partisans de cette théorie, on peut citer des internationalistes qui se sont exprimés au début de l'existence de la Communauté, comme Paul de Visscher,¹⁸⁹ dans le même sens, la dernière version (1991) du Commentaire du traité CEE, édité par Groeben, Thiesing, Ehlermann¹⁹⁰ et le Commentaire édité par Grabitz.¹⁹¹ Certains auteurs considèrent même que le droit de modification par voie d'accord unanime des parties découle du *ius cogens* international.¹⁹²

En revanche, l'hypothèse de la spécificité de la procédure de l'article 236 par rapport au droit international a été défendue entre autres par M. Waelbroeck dans le *Commentaire Mégret*,¹⁹³ par Dominik Lasok¹⁹⁴ et par Ulrich Everling.¹⁹⁵ Selon cette dernière hypothèse, les Etats membres sont obligés de respecter la procédure de l'article 236.

La Cour semble adhérer à l'hypothèse de l'exclusivité des procédures prévue par les traités. Ainsi, elle a précisé en 1976 dans l'affaire *Defrenne II* qu' :

une modification du traité ne peut résulter – sans préjudice de dispositions spécifiques – que d'une révision opérée en conformité de l'article 236.¹⁹⁶

Il découle du texte et des objectifs des traités que les Etats membres ont consenti à une limitation de leur souveraineté créant de la sorte une situation

189 De Visscher, «La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et les Etats membres», in *Actes officiels du congrès international de l'étude de la CECA* (1958) vol. III, 11, 17.

190 Meng, note 54 à l'article 236 dans H. Groeben *et al.*, *Kommentar zum EWG-Vertrag* (4e éd., 1991). Dans le même sens Zuleeg, «Der Bestand der Europäischen Gemeinschaft», in R. Bieber *et al.* (éd.), *Gedächtnisschrift Sasse*, vol. I (1981) 55-72.

191 Vedder, note 25 à l'article 236, in E. Grabitz (éd.) *Kommentar zum EWG-Vertrag* (1986) avec références détaillées à la doctrine.

192 Delière-Sequaris, «Révision des traités européens en dehors des procédures prévues», *CDE* (1980) 539-552.

193 Waelbroeck, «Commentaire à l'article 236», in J. Mégret *et al.* (éd.), *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. 15 (1987).

194 Lasok, in D. Vaughan, Lord Hailsham (éd.), *Law of the European Communities*, vol. I (1986) 66.

195 Everling, «Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge?», in *Festschrift Mosler* (1983) 173-191.

196 CJCE, affaire 43/75, *Defrenne II*, *supra* note 11.

spécifique par rapport au droit international général. De ce fait, leur souveraineté ne peut renaître en vertu du seul droit international. Cette limitation s'impose aux institutions des Etats membres, et donc au législateur national. Dans ce contexte, la fameuse phrase de l'arrêt *Simmenthal* de la Cour de justice mérite d'être rappelée:

Les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des Etats membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires.¹⁹⁷

Cette phrase de la Cour ne fait pas de distinction entre les différentes catégories d'actes législatifs. Elle s'applique donc également à une loi autorisant la ratification d'un accord conclu hors des procédures de l'article 236 dans le domaine des traités de la Communauté.

Le fait que les Etats agissent d'un commun accord, ne peut donc créer une quelconque légalité communautaire. Ainsi la Cour n'a pas hésité à dénoncer le comportement commun des Etats au sujet du siège des institutions comme une «violation du droit communautaire».¹⁹⁸

En résumé, les Etats ne peuvent, même d'un commun accord, renoncer à cet engagement que dans le respect des procédures prévues à cet effet dans les traités. Les dispositions de révision, notamment de l'article 236, doivent être considérées comme des limites formelles à la révision des traités.

Sur la base de cette prémisse, nous passons à l'examen de la deuxième question, c'est-à-dire celle de l'existence des limites matérielles à la révision des traités.

C. Les limites matérielles

1. Liens entre limites formelles et matérielles

Comme il a déjà été dit, la doctrine se contente, en règle générale, de discuter de l'aspect formel de la question.

Il est alors vrai que pour ceux qui nient l'existence des limites formelles, la réponse quant à l'existence de limites matérielles semble être implicite et aller dans le même sens. Toutefois, dans un système sans limites formelles, des limites matérielles peuvent exister. A titre d'exemple, on citera les obligations imposées aux Etats et à la Communauté en vertu d'une «norme impérative du droit international général» («*ius cogens*»)¹⁹⁹ Il est vrai que la

197 CJCE, affaire 106/77, *Simmenthal II*, *supra* note 111.

198 CJCE, affaire 230/81, *Luxembourg c. Parlement européen*, Rec. 1983, 255.

199 Cf. art. 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

notion même est contestée et que le choix des critères permettant d'identifier la norme du «*ius cogens*» s'avère singulièrement délicat.

En tout état de cause, il paraît possible de dégager du droit international général certaines normes de caractère matériel,²⁰⁰ notamment dans le domaine des droits de l'homme, qui s'imposent aussi à l'ordre juridique communautaire et qui font obstacle à l'adoption de normes contraires au niveau des traités, et ceci même dans l'hypothèse d'une révision en dehors des clauses spécifiques.

En revanche, le fait de reconnaître la possibilité de limites formelles à la révision des traités n'implique pas nécessairement la reconnaissance du principe de l'existence de limites matérielles des traités actuels.

Il convient donc d'examiner le principe et l'éventuel contenu des limites matérielles séparément des limites formelles. A cette fin, il y a lieu de s'interroger successivement sur les conditions et la pratique des traités.

2. *Les conditions de l'existence des limites matérielles*

La possibilité de l'existence de limites matérielles dans les traités CE n'est, en principe, ni exclue par le droit international public, ni par le droit constitutionnel des Etats.

Chacun de ces ordres connaît, en effet, le principe d'une hiérarchisation des normes, destiné à faciliter la modification de certaines normes et à rendre la modification d'autres plus difficile et ceci, notamment, pour protéger certaines valeurs, considérées comme fondamentales, comme par exemple, l'identité de l'organisation même.

A l'exception des cas où l'identité elle-même n'a qu'une valeur relative, soit parce que l'organisation est conçue comme limitée dans le temps,²⁰¹ soit parce que le statut de l'organisation est voulu comme provisoire,²⁰² «l'autodestruction» d'une organisation n'est juridiquement pas possible par voie d'amendement à sa constitution.

Au sujet des traités établissant la Communauté européenne, on peut toutefois s'interroger, si leur qualité spécifique d'organisation dynamique (ou inachevée) ne s'oppose pas à la «pétrification» de certaines normes.

En effet, l'article «A» du TUE définit ce traité comme:

une étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe.

200 Exemples: génocide, torture, esclavage, cf. Meron, in A. Cassese *et al.* (éds.), *Change and Stability in International Law Making* (1988) 92-95.

201 Cf. art. 97 du traité CECA.

202 Cf. art. 146 de la Constitution allemande de 1949 (*Grundgesetz*).

La qualification de «processus» exclut-elle, à priori, la possibilité de rechercher des éléments intangibles dans le traité? Bien au contraire, le processus semble constituer lui-même une identité en se fondant sur certaines valeurs (comme par exemple: la démocratie, les droits de l'homme), qu'il envisage précisément de protéger.

Au fur et à mesure de l'évolution du processus, l'impact de ces valeurs pour le système s'amplifie et se trouve consolidé.

La notion de «processus» rappelle également l'intention du constituant visant à maintenir un haut degré de flexibilité; par conséquent, l'interprétation d'éventuelles normes, considérées comme intangibles, doit tenir compte de cette spécificité des traités.

La question de savoir si les traités contiennent des limitations matérielles expresses doit donc être examinée à ce stade.

3. *Les termes des traités*

Outre l'exemple significatif de «l'irrévocabilité» de la valeur de l'Ecu à l'article 109G TUE et à l'exception des dispositions déjà mentionnées qui concernent des amendements spécifiques limités par leur objet dans le TUE (sur la citoyenneté européenne) ou encore les amendements déjà possibles dans le cadre du traité CE que le Conseil peut apporter au nombre de juges et membres de la Commission,²⁰³ les amendements aux traités CE ne sont pas expressément limités quant à leur étendue.

Toutefois, le terme «amendement» employé dans les articles 236 du traité CEE et «N» TUE, présuppose l'existence d'un «noyau dur», d'une identité communautaire «intouchable». La notion d'«amendement» implique, en effet, une distinction entre le texte amendé et «l'amendement», donc une continuité de l'objet du texte amendé.

A cet égard, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français nous fournit d'utiles références au sujet des limites inhérentes à la notion d'«amendement», employée également dans la Constitution française pour définir les pouvoirs du gouvernement dans la procédure législative.²⁰⁴ Selon le Conseil constitutionnel, un amendement présuppose une distinction entre le «noyau dur» et un texte flexible.²⁰⁵

203 Cf. articles 165, 166 du traité CE, article 10, traité de fusion (1965).

204 Article 44 de la Constitution.

205 Cour constitutionnelle, décisions n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, Rec. 1987, 13-19; 88-251 DC, 12 janvier 1989; JOCE 13 janvier (1989) 524.

Certaines constitutions des Etats membres vont plus loin et définissent expressément des limites matérielles. On trouve de tels articles dans les Constitutions d'Italie,²⁰⁶ de France²⁰⁷ et d'Allemagne.²⁰⁸

Or, l'interprétation donnée à ces dispositions du droit constitutionnel étatique, n'est pas unanime. De plus, l'absence de dispositions correspondantes dans d'autres constitutions n'a pas empêché la doctrine de s'interroger sur l'existence des «limites implicites» à la révision constitutionnelle.²⁰⁹ Par conséquent, l'absence de dispositions explicites en la matière ne doit pas être interprétée dans le sens d'exclure nécessairement des limites matérielles en droit communautaire. Ceci est d'autant plus vrai que la Constitution de la Communauté est complétée par «les principes généraux communs aux droits des Etats membres».

En tant que principe commun, ce droit ne peut logiquement pas être modifié par voie d'amendement au traité.

Il suffit de constater l'existence de tels principes intangibles pour pouvoir compléter, le cas échéant, la Constitution de la Communauté. De tels principes ne doivent pas nécessairement figurer dans l'ensemble des constitutions. Par contre, lorsqu'il existe des indices que tous les Etats adhèrent à certaines valeurs et les déclarent comme contraignantes, il serait en effet incompatible avec la nature même des principes généraux communs, de les considérer comme altérables et ne pas les appliquer au droit communautaire dès lors que leur existence et leur qualité, comme norme supérieure au niveau national ou international, ont été démontrées.

Quels principes constitutionnels communs résistant à une modification par voie d'amendement pourrait-on identifier dans l'environnement constitutionnel et international de la Communauté européenne?

D. Les principes généraux communs

Les principes fondamentaux de la structure des Etats membres de la Communauté considérés comme valeurs intangibles se dégagent et se précisent, ces dernières années, à la fois dans le contexte communautaire et extra-communautaire. Il en résulte une homogénéité constitutionnelle, un droit public communautaire en Europe.²¹⁰

206 Art. 139: « la forme républicaine ne peut être l'objet d'une révision constitutionnelle».

207 Art. 89: «la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision».

208 Art. 79 III: «toute révision de la présente loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la fédération du pays, au principe de la participation des pays, à la législation ou au principe des articles 1 et 20 est interdite».

209 Une multitude d'opinions a été exprimée à cet égard. On consulte utilement l'ouvrage de Mme M.F. Rigaux sur *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante* (1985).

210 Voir *supra*, chapitre I.

Parmi les différentes sources on peut citer:

- la Convention européenne des droits de l'homme;
- la Déclaration des Douze de Copenhague sur la démocratie (1978) dans laquelle les conditions d'une adhésion à la Communauté ont été formulées;²¹¹
- le préambule de l'Acte unique de 1986;²¹²
- la Résolution du Conseil du 28 novembre 1991 sur le respect de la démocratie et des droits de l'homme²¹³ dans les rapports avec les Etats tiers;

et sont particulièrement importants d'une part:

- la Charte de Paris adoptée dans le cadre de la CSCE en 1990²¹⁴ et confirmée en janvier 1992 à Prague;²¹⁵

et d'autre part:

- les premiers articles du traité de Maastricht dont l'article F, paragraphe I et II, qui mérite d'être cité:
 1. L'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques.
 2. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.

De ces textes résultent des éléments communs, des principes fondamentaux du droit communautaire, des normes qui, selon leur substance, ont une valeur supérieure par rapport aux traités et ne peuvent être modifiés par la voie d'amendement. En s'imposant à la fois au droit étatique et communautaire, ils font partie intégrante de l'identité européenne.

Il s'agit surtout:

- du respect des droits fondamentaux
- de l'Etat de droit
- du principe de démocratie.²¹⁶

Peut-on aller au-delà de l'affirmation de ces principes?

L'existence même de la Communauté, le processus structuré de création d'une union «sans cesse plus étroite» entre les peuples de l'Europe qui

211 *Bulletin CE*, 3/1978, 5.

212 *JOCE L* 169/1987.

213 *Bulletin CE*, 11/1990, 128.

214 *Bulletin CE*, 11/1990, 128.

215 *Agence Europe*, 2393 du 31 janvier 1992.

216 Pour des limites semblables en droit constitutionnel français voir Arné, «Les normes supraconstitutionnelles», *Revue du droit public* (1993) 459-512.

repose sur une dialectique entre le respect des Etats membres pour l'Union et le respect de l'Union à l'égard de l'identité de ses Etats membres (cf. Art. F, I) semble constituer l'un des principes intangibles découlant de la réalité de l'Union fondée sur la volonté des peuples. Par conséquent, l'existence même de la Communauté ne serait pas susceptible de modification.

La reconnaissance de principes fondamentaux, soustraits à toute réforme, même dans le cadre de procédures prévues, soulève évidemment les questions de l'application pratique de cette hypothèse, notamment celle de savoir s'il existe un contrôle judiciaire contre d'éventuelles violations des traités par voie d'amendement?

E. Le contrôle juridique du respect des limites matérielles

A première vue, la Cour ne semble pas être en mesure de constater que les limites matérielles d'une réforme de traités aient été violées. La Cour, étant elle-même une création des traités, ne reste-t-elle pas conditionnée par ceux-ci?

Ce seul argument ne saurait pas exclure un contrôle de la Cour sur le constituant communautaire. En effet, la Cour, en vertu de l'article 169, peut constater la violation des traités de la part d'un Etat membre. Un tel constat paraît également possible à l'égard de l'ensemble des Etats. Ainsi, comme il a déjà été signalé²¹⁷ la Cour n'a pas hésité à désigner le comportement de l'ensemble des Etats en matière de fixation des sièges des institutions comme contraire au traité. Il ne paraît pas exclu que la Cour, suite à une procédure en manquement, désigne un amendement au traité comme illégal et de ce fait inapplicable. L'article 171 oblige les Etats membres «à prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice». Cette obligation résulte également de l'article 5 du traité CE.

Une telle hypothèse n'est pas exclue par la jurisprudence antérieure. Il est vrai que la Cour a refusé de s'exprimer sur le traité avec l'Espagne et le Portugal pour le motif que:

les actes d'adhésion ne sont pas des actes du Conseil conformément à l'article 173. Dès lors la Cour n'est pas autorisée à se prononcer sur leur légalité.²¹⁸

On note que la Cour a qualifié son refus d'examiner un traité par la référence à l'article 173. Or, cette disposition ne vise que des actes des institutions et peut effectivement ne pas être utilisée pour contrôler la légalité du comportement des Etats.

217 *Supra*, note 198.

218 CJCE, affaires 31, 35/86, *Laisa c. Conseil*, Rec. 1988, 2285, considérant 18.

Toutefois, la procédure de l'article 173 peut servir à exercer un contrôle indirect sur la compatibilité d'un amendement avec le traité; dès lors que la Cour est appelée à se prononcer sur un acte d'application, arrêté par une institution communautaire, elle peut utiliser l'occasion de s'exprimer sur la légalité de l'amendement.

Il ne faut pas non plus oublier que le pouvoir de la Cour d'interpréter les traités en dernier ressort, lui donne la possibilité de remédier par l'instrument de l'interprétation téléologique aux contradictions à l'intérieur des traités, résultant des amendements.

En résumé, la Cour, à notre avis, est en mesure:

- soit de constater directement l'illégalité d'un amendement aux traités par la procédure de l'article 169,
- soit d'interpréter l'amendement de sorte qu'il devienne compatible aux traités.

F. Les conséquences pratiques

1. Principes

L'existence de limites matérielles à la révision des traités se manifeste surtout au niveau des principes. Il paraît ainsi peu probable que des aménagements aux traités qui respectent l'essentiel des structures institutionnelles, le soient en méconnaissance des limites énoncées. En revanche, seraient incompatibles avec les traités mêmes, une réduction, voire une suppression des garanties démocratiques et judiciaires, comme le Parlement, l'élection de ses membres et le niveau de son intervention dans la procédure législative. De même, l'existence de la Cour, les effets de sa jurisprudence et l'accès des individus paraissent être des éléments intangibles. Une réduction des garanties des droits fondamentaux ne pourrait avoir lieu, ni le principe fondamental de l'identité communautaire, constitué du respect de l'existence des Etats, être touché.

Il semble clair aussi qu'une atteinte au système monétaire commun, tel qu'il est conçu à l'article 109 du traité sur l'Union par voie d'amendement allant à l'encontre du terme «irrévocable» constituerait une violation du traité.

2. La pratique constitutionnelle

(a) L'accord EEE

La première conséquence de l'hypothèse présentée et implicite dans la jurisprudence de la Cour au sujet du projet de l'accord EEE est déjà devenue visible: les parties ont modifié le projet au lieu d'adopter un nouvel amendement au traité CE.

Toutefois, on notera que le seul principe qui paraît être affecté par le projet de l'accord EEE est l'identité de la Communauté. A cet égard on peut se demander si le système judiciaire envisagé crée une atteinte immédiate aux fondements de la Communauté, c'est-à-dire à ses structures, ou si ce risque ne se place pas plutôt dans le domaine du potentiel.

Une des structures de la Communauté étant le processus vers l'union «sans cesse plus étroite», le système judiciaire porte effectivement le risque d'un recul. Or, le risque à lui seul, ne porte pas encore atteinte aux fondements de la Communauté. Par conséquent, l'affirmation de la Cour, selon laquelle un amendement au traité visant à rendre les deux traités compatibles ne semble pas justifiée.

(b) «L'accord interne»

Quant au deuxième exemple, «l'accord interne» sur l'exécution de la Convention de Lomé, il y a lieu de distinguer entre la procédure formelle et les limites matérielles.

En soustrayant une partie des dépenses communautaires de l'application des traités par une procédure qui diffère de l'article 236, les Etats membres ont, à notre avis, méconnu leurs obligations quant à la procédure. Or, la substance de l'amendement, la spécificité du budget du «Fonds européen de développement», ne s'oppose pas aux limites matérielles du traité. En effet, l'unicité du budget connaît aussi, au niveau national, de multiples exceptions et ne constitue, de ce fait, pas un principe fondamental de droit communautaire. Par conséquent, une exception paraît possible dans la mesure où elle est décidée selon les procédures communautaires.

3. Le traité CECA

La question de la continuité des objectifs du traité CECA au-delà de l'année 2002 soulevée par le Parlement européen, demande également une réponse nuancée.

Le traité établissant la CECA, par le fait de sa durée limitée ne peut pas produire un effet contraignant au-delà de sa durée. Par conséquent, des limites matérielles dépassant cette date ne peuvent en résulter. En revanche, la constitutionnalisation de l'ensemble des traités et de leurs rapports étroits peut produire une consolidation, précisément pour les fondements du traité CECA, au-delà de la date fatidique.

G. Conclusion: vers un «droit constitutionnel européen commun»

Au fil des années, l'ordre juridique communautaire s'est différencié et consolidé. Il est devenu une Constitution au sens matériel du terme. La jurisprudence de la Cour reflète cette évolution. En 1986, elle employa pour la première fois le terme de «Charte constitutionnelle» pour caractériser les traités.²¹⁹ Dans son avis sur le projet d'accord créant l'Espace économique européen, la Cour amplifie cette notion. Selon la Cour:

le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les traités communautaires ont instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats ont limité, dans les domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants.²²⁰

En contrepartie, la Constitution communautaire se trouve de plus en plus dans un état d'osmose avec le droit constitutionnel des Etats membres, d'où il en résulte – et résultera davantage – un droit constitutionnel commun en Europe.²²¹

Le noyau «dur» de ce droit commun est constitué des valeurs fondamentales. Il s'agit d'une part, dans la terminologie de l'article «F» du traité de Maastricht:

des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres en tant que principes généraux du droit communautaire,

et d'autre part de l'identité de «l'union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe».²²²

Ce noyau dur constitue à la fois le point de départ d'un espace homogène de droit²²³ et la limite matérielle des futures réformes des traités.²²⁴

219 CJCE, affaire 294/83, *Les Verts c. Parlement*, Rec. 1986, 1357.

220 Considérant 21.

221 Voir à ce sujet Häberle, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (1991) 261-273.

222 Ancien préambule du traité CEE, devenu l'article A du traité sur l'Union.

223 Voir à ce sujet, *supra*, chapitre I «Homogénéité».

224 Dans le même sens, Cruz Vilaça, Picavra, «Y-a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes?», *CDE* (1993) 3-37.

IV. Evolutionnisme

A. Introduction

A voir les craintes qu'inspire le traité sur l'Union européenne et les difficultés avec lesquelles l'accord EEE se met en place, l'immobilisme semble rassurer alors que le changement effraie. Or, le droit communautaire ne peut se confiner dans un état statique puisqu'il doit réaliser en un certain délai des objectifs qu'il s'est vu assigner dans sa charte constitutive. L'intégration européenne est un processus à la recherche perpétuelle de buts à atteindre au moyen de certains instruments juridiques. L'interaction temps-droit confère ainsi une dynamique propre à la Communauté.

L'élément temps est souvent perçu par le juriste comme un environnement neutre et abstrait dans lequel prennent place les solutions qu'il élabore. Or le temps peut exercer une force créatrice – la *consuetudo* transformant les pratiques en droit coutumier – ou destructrice – la *desuetudo* travaillant à l'extinction d'une coutume par inapplication prolongée de celle-ci.²²⁵

La nature du droit, elle aussi, ne peut pas être perçue d'une façon linéaire. Comment décrire en termes juridiques la dialectique entre la transformation d'une norme et son caractère «normatif», prétendument stable? Ou encore comment classer des règles qui sont en train de naître, mais qui restent délibérément au-dessous du seuil juridique nécessaire?

Le temps et le droit communautaire sont en interpénétration, indissociables dès le fondement de la Communauté; ils forment un système composé de normes et d'objectifs à atteindre à plus ou moins long terme. Dans le préambule du traité CEE est déjà évoquée la création d'une Union sans cesse plus étroite entre les Etats membres et l'article 2 prévoit un rapprochement progressif des politiques économiques.

L'article 8 CEE, quant à lui, établit un calendrier pour la mise sur pied de la Communauté pendant une période transitoire.

Finalement et toujours à titre d'exemple, l'Acte unique (modifiant le traité CEE) à son article 8A introduit une échéance, une date-butoir au 1er janvier 1993 pour la réalisation du marché intérieur.²²⁶

D'autre part, les auteurs des traités ne se servent pas seulement du temps comme d'un instrument d'interprétation mais ils essaient de protéger l'œuvre en construction contre l'effet destructif que celui-ci peut aussi avoir.

C'est ainsi que l'article Q du traité sur l'Union européenne prévoit que le traité est conclu pour une durée illimitée, au même titre que le traité CE l'avait prévu à son article 240.

225 F. Ost, *Observations liminaires sur les multiples temps du droit* (1985) doc. IUE 26/85 (col 15).

226 Pour les implications juridiques de l'art. 8A, voir *infra* 2.

Cette constatation se voit confirmée dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés. En effet, la Cour se sert par exemple de l'expression «dans l'état actuel du droit communautaire» pour délimiter les domaines de compétence entre la Communauté et les Etats membres à un certain moment donné. Elle refuse ainsi de régler une situation d'une manière définitive au niveau communautaire, encourageant de la sorte le législateur communautaire à agir. Elle se sert également du terme «délai raisonnable» pour indiquer aux Etats membres ou aux institutions communautaires une limite à leur carence ou à leur manquement.²²⁷

B. La spécificité du temps dans l'ordre juridique communautaire

D'une manière générale, les rapports se nouant entre le droit européen et le temps dans leur domaine respectif, semblent, à première vue au moins, correspondre aux problèmes classiques du droit interne; citons par exemple:

- la question de la validité de la loi dans le temps,²²⁸
- le rapport entre le droit comme stabilisateur d'une organisation et le dynamisme des ordres juridiques engagés dans un mouvement d'auto-transformation.

S'il est vrai que ces thèmes trouvent leur prolongement dans l'ordre juridique européen, il s'avère que la conjonction temps-droit revêt une spécificité communautaire.

La Communauté européenne doit réaliser certains objectifs dans le temps. Contrairement à l'ordre juridique national, l'originalité du droit européen ne réside pas dans son état, mais dans son devenir.²²⁹ Cette différence dépasse la dimension de la technique juridique: la Communauté européenne étant avant tout une création du droit, elle doit trouver une légitimation par le droit afin que ce droit nouveau soit efficace. Pour ce faire, la nécessité de l'élément-temps se manifeste:

- dans le processus législatif pour tenir compte de la diversité des systèmes subordonnés,
- pour convaincre les différents opérateurs juridiques,
- pour l'adaptation des structures existantes.

Les premiers termes du traité CE révèlent déjà la singularité de ce texte par rapport à une constitution classique. L'objet principal de ce traité consiste en l'établissement des «fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens».

Mis à part le problème intéressant de la nature même d'un objectif exprimé en termes qui traduisent une dynamique continue («sans cesse plus

227 Par exemple, affaire 13/83, *Parlement c. Conseil*, Rec. 1985,1513.

228 Cf. *infra*, chapitre III, «Intangibilité».

229 Cf. Jacqué, «Cours général», *AEL* (1990) I-1, 237 (247).

étroite»), on observe que le traité ne se contente pas de définir les règles de base nécessaires à l'organisation étatique d'une société. Ce dernier projette la réalisation de ses objectifs à des dates situées plus ou moins loin à partir de son entrée en vigueur et après la période de transition, nécessaire à chaque constitution pour la mise en place des institutions. De plus, l'objectif principal du traité étant défini d'une manière vague («Union sans cesse plus étroite»), le temps devient un outil indispensable non seulement pour réaliser le traité, mais aussi pour définir progressivement son objectif.

Le temps n'est pas seulement utilisé pour permettre de préciser les objectifs à la lumière des besoins ultérieurs, mais sert aussi d'instrument à la mise en œuvre progressive des traités. Le proverbe *time is nature's way to avoid that everything happens at the same moment*²³⁰ peut donc aussi trouver application dans les affaires européennes.

En effet, la Cour autorise l'achèvement des objectifs par étapes même lorsque ce n'est pas expressément prévu par le traité.²³¹

La plupart des dispositions du traité sur l'Union, par exemple, introduisent des activités nouvelles dont la mise en œuvre s'étale sur une période de six ans. Durant ce laps de temps, des révisions ultérieures sont déjà prévues (en 1996) de telle sorte que les traités communautaires continueront à se transformer en permanence.

Cette dynamique imposée aux institutions, par la définition d'objectifs à atteindre dans le temps, peut être soumise à la sanction de la Cour de justice qui constate, le cas échéant, une carence en violation du traité (article 175 du traité).²³²

C. Le problème du non-respect des délais

L'instrumentalisation du temps à des fins de promotion du droit européen provoque un certain nombre de problèmes dont seuls les plus importants seront cités ici.²³³

Quelles seraient les conséquences d'un non-respect de l'un des multiples délais prévus par les traités? Ce problème suscite actuellement de grands débats vu l'expiration du délai pour l'établissement du marché intérieur. L'intérêt pratique de cette question est considérable puisque d'importantes lacunes dans le programme législatif «marché intérieur» persistent, qui n'ont pas été comblées à ce jour.

230 Attribué à Albert Einstein.

231 Cf. affaire 30/70, *Scheer c. Einfuhr- und Vorratstelle Getreide*, Rec. 1970, 1197.

232 Voir, par exemple, affaire 13/83, *Parlement c. Conseil*, Rec. 1985, 1583.

233 Pour la problématique intéressante des effets *ratione temporis* des arrêts de la Cour, notamment des arrêts dans des affaires préjudicielles, voir affaire C-163/92, *Administration des douanes c. Legros et autres*, Rec. 1992, 4625.

La réponse n'étant pas fournie par le traité lui-même, il convient de la chercher par une analyse systématique fondée sur la portée juridique des différents délais figurant dans le traité.

Trois catégories de délais se distinguent:

- Des délais dont l'écoulement déclenche automatiquement un effet déterminé (par exemple les délais dans la procédure législative ou judiciaire, article 149, 173 traité CEE, 189A, 189B traité CE). Ces derniers sont accompagnés de dispositions subsidiaires qui s'appliquent en cas de non respect (exemple: article 203 et 204 dans la mesure où ils fixent la durée de l'année budgétaire et les délais pour l'adoption d'un budget, tout en prévoyant des modalités en cas de carence du législateur budgétaire). En matière de concurrence, une compétence subsidiaire nationale a été établie en cas de carence du législateur communautaire (article 87).
- Des délais comme l'article 8A déjà signalé, qui mentionnent des obligations précises, sans toutefois prévoir le cas de non-respect.
- Des obligations accompagnées de délais indéterminés. Cette catégorie, la plus importante du point de vue pratique, englobe surtout l'exercice du droit d'initiative et de décision pour autant que les institutions disposent d'un pouvoir discrétionnaire. On peut citer à titre d'exemple, l'adoption d'une procédure électorale uniforme (article 138) ou encore la fixation du siège des institutions (article 216), la première n'étant pas encore achevée jusqu'à ce jour.

La première série d'échéances ne pose pas de problèmes majeurs, les conséquences d'un dépassement de délai étant réglées par le traité lui-même.

En ce qui concerne la troisième catégorie, il résulte de la jurisprudence, que même en l'absence de délai, la carence du législateur peut constituer une violation du traité, au moins, lorsqu'un terme jugé raisonnable est dépassé.²³⁴ Sans dispositions spécifiques, le respect d'un «délai raisonnable» s'impose, d'ailleurs, non seulement aux institutions de la Communauté mais aussi aux Etats membres, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire.

Reste la deuxième catégorie, les délais précis, sans disposition en cas de non-respect.

Il faut distinguer à cet égard deux séries de problèmes:

- la constatation d'une violation des traités;
- les moyens de combler les lacunes, résultant de cette violation.

234 Cf. affaire 230/81, *Luxembourg c. Parlement européen*, Rec. 1983, 255. Pour une définition de la notion de «délai raisonnable», cf. affaire 293/85, *Commission c. Belgique*, Rec. 1988, 305.

1. La constatation d'une violation des traités

La définition d'une obligation qu'une institution ou un Etat membre doit remplir dans un délai donné constitue une obligation de résultat. Sauf dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, le non-respect des délais suffit à établir la violation. Si la violation émane des Etats membres – ce qui peut se produire notamment dans le contexte de la transposition des directives – la Commission peut faire constater le manquement par la Cour conformément à la procédure de l'article 169.

En ce qui concerne le non-respect des délais par les institutions, la procédure de l'article 175 (le recours en carence) s'applique. Ainsi les Etats membres, les autres institutions et, dans des conditions spécifiques, les personnes morales ou physiques peuvent faire constater la violation. Dans les deux cas, les Etats et les institutions, conformément aux articles 171 et 176 du traité CE sont «tenus de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice».

Bien que les recours en manquement résultant du non-respect des délais par les Etats soient devenus fréquents,²³⁵ les arrêts constatant la carence d'une institution face à un délai précis font encore défaut.²³⁶

Un recours en carence a bien été intenté par le Parlement et la Commission contre le Conseil, qui devait déposer dans le délai prévu à l'article 203IV du traité CE le projet de budget, mais a été déclaré irrecevable.²³⁷

En 1993, le Parlement européen a entamé la procédure visant à faire constater par la Cour que la Commission n'a pas arrêté toutes les mesures destinées à établir le marché intérieur et notamment la libre circulation des personnes dans le délai prévu par l'article 8A du traité.

Devant l'impossibilité d'imposer le respect d'une éventuelle condamnation d'un Etat membre ou d'une institution communautaire, des voies complémentaires voire alternatives ont été examinées par la jurisprudence depuis longtemps.

2. Les moyens de combler les lacunes résultant d'un non-respect des délais; le cas de l'article 8A du traité CEE²³⁸

Les conséquences du non-respect de la part des Etats membres du droit communautaire, et notamment de la jurisprudence récente (l'effet direct, les dommages-intérêts par exemple) ont été examinées dans le chapitre

235 Pour la pratique, voir Dixième rapport annuel au Parlement européen sur le contrôle de l'application du droit communautaire (1992) COM (93) 320 final du 13 juillet 1993

236 Voir toutefois affaire C-107/91, *Empresa Nacional de Urónio (ENU) c. Commission*, arrêt du 16 février 1993, non encore publié (concerne l'article 53 traité Euratom).

237 Affaire 377/87, *Parlement c. Conseil* et 383/87, *Commission c. Conseil*, Rec. 1988, 4017.

238 Suite au TUE, cet article deviendra l'art. 7A.

«Efficacité».²³⁹ On se limitera donc ici à analyser l'applicabilité de la jurisprudence en matière d'effet direct dans le cadre de l'article 8A du traité CEE. Il convient de noter d'abord, que selon les termes de l'article 8A, le marché intérieur doit être réalisé par des mesures que la Communauté doit arrêter. Etant donné que le traité ne précise pas le contenu de ces mesures, les institutions communautaires disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant au contenu des actes à arrêter. On se trouve, en conséquence, devant une situation comparable à celle qui a fait l'objet de l'arrêt de la Cour, sujet du recours en carence, et qui a amené la Cour à rejeter l'effet direct de l'article 75 du traité CEE.²⁴⁰

Cette interprétation correspond à la déclaration relative à l'article 8A du traité CEE, que les Etats membres ont inséré dans l'acte final de la Conférence. Celle-ci se lit comme suit:

Par l'article 8A, la conférence souhaite traduire la ferme volonté politique de prendre avant le 1er janvier 93 les décisions nécessaires à la réalisation du marché intérieur défini dans cette disposition et plus particulièrement les décisions nécessaires à l'exécution du programme de la Commission tel qu'il figure dans le livre blanc sur le marché intérieur. La fixation de la date du 31 décembre 92 ne crée pas d'effets juridiques automatiques.

Il est permis de s'interroger ici sur les effets de cette déclaration.

Par celle-ci, la conférence des représentants des gouvernements des Etats membres a exprimé son intention de ne pas voir disparaître, de plein droit, le 1er janvier 1993, toutes les entraves aux libertés fondamentales du traité qui subsisteraient à ce moment.

Du point de vue strictement formel, la déclaration des Etats membres ne fait pas partie de l'Acte unique européen, mais représente une déclaration d'intention entre les parties sur la politique future à tenir et l'interprétation de l'article 8A.²⁴¹ Par conséquent, le statut de cette déclaration est subordonné au traité; est-elle pour autant dénuée de tout effet?

Au regard de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et notamment son article 31, il est tenu compte de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de ses dispositions. La Cour de justice ne s'est d'ailleurs jamais expressément référée à l'article 31 de la Convention de Vienne. Elle affirme cependant que la portée objective des règles de droit communautaire ne peut résulter que des règles elles-mêmes, compte tenu de leur contexte et que celle-ci ne saurait dès lors être affectée par des déclarations.²⁴² Ainsi admet-elle qu'une déclaration du

239 Voir *supra* chapitre II «Efficacité».

240 Affaire 13/83, *Parlement européen c. Conseil*, Rec. 1985,1583

241 Cf. Schermers, «The Effect of the Date of 31 December 1992», *CML Rev.* 28 (1991) 275-289.

242 Cf. affaire 237/84, *Commission c. Belgique*, Rec. 1988, 1247.

Conseil ne saurait donner lieu à une interprétation différente de celle qui résulte du libellé même de la disposition en cause.²⁴³ Par contre elle a fait des emprunts implicites à la substance de certaines de ces règles dans les cas où elle l'a jugé approprié.

Dans cette hypothèse, pourquoi les Etats membres ont-ils choisi la voie de la déclaration, acte dépourvu d'effets juridiques à première vue, plutôt que la voie d'une révision du traité? Il ne faut vraisemblablement pas comprendre la déclaration des Etats membres comme supprimant tout effet légal automatique mais seulement comme le limitant.

En effet, l'obligation d'agir du Conseil, établie par l'article 8A pourrait être sanctionnée par le recours en carence (article 175 traité CE) en cas de non-exécution dans les délais. Il paraîtrait donc également possible de faire constater une carence de la Commission dans la préparation et la mise en œuvre du marché intérieur.²⁴⁴ Toutefois, même devant des délais bien déterminés, les carences du législateur communautaire ne peuvent être comblées que partiellement par la jurisprudence.

D. Conclusion

En conclusion, si le droit communautaire se trouve dans un état donné appelé «acquis communautaire», un attrait fondamental de cet acquis est le paradoxe insoluble qui veut que l'état du droit européen est et restera un devenir.

Cette qualité, plus que dans tout système juridique national, facilitera les adaptations permanentes et permettra une évolution harmonieuse plus apte à répondre aux exigences de société complexe, composée de peuples provenant de plusieurs Etats.

Ainsi, le temps devient un facteur fondamental dans l'évolution et la transformation du droit communautaire.

V. Coopération

A. Introduction

La mise en œuvre du droit communautaire ainsi que le bon fonctionnement de ses institutions nécessitent, dans une large mesure, la coopération des institutions de la Communauté avec ceux des Etats membres. Cependant, le devoir de coopération ne se limite pas à recourir à l'organisation étatique des

243 Cf. affaire 429/85, Commission c. République italienne, Rec. 1988, 843, arrêt du 23 février 1988.

244 En 1993, le Parlement européen a mis en route contre la Commission une procédure visant à faire constater une carence dans la mise en œuvre de l'article 8A.

Etats membres pour accomplir les tâches et buts communautaires. Il se répercute également sur des domaines réservés à la compétence nationale mais qui se situent dans la sphère d'influence de la Communauté. La coopération provoque donc un véritable effet de «boule de neige» dans le processus d'intégration communautaire.

B. Coopération – corollaire de l'autonomie des Etats

La Communauté étant composée d'une pluralité d'Etats membres qui conservent leur identité, une dialectique se crée entre les obligations découlant du traité d'une part, et le maintien de l'identité qui suppose l'existence continue d'un champ d'action autonome d'autre part. En effet, tant que les Etats membres, à l'instar des subdivisions d'un Etat fédéral, gèrent de façon autonome le fonctionnement de leurs organes et de leurs structures internes, une collaboration fidèle aux buts et aux finalités de la Communauté est nécessaire pour que puisse s'effectuer la mise en œuvre des tâches communautaires.²⁴⁵

L'article 5 du traité CE, qui impose aux Etats membres d'assurer l'exécution des obligations découlant du droit communautaire,²⁴⁶ se réfère à la fois à l'autonomie nationale et à la nécessité de coopérer. Pour la Cour de justice, l'article 5 du traité CE est en effet l'expression du devoir de coopération que les Etats membres ont accepté en adhérant à la Communauté.²⁴⁷ Elle est dès lors le corollaire de l'autonomie des Etats membres.

Or, bien que le libellé de l'article 5 du traité CE ne mentionne expressément que les Etats membres comme exécutants du devoir de fidélité, la coopération peut revêtir différentes facettes selon la fonction étatique touchée. Les formes de coopération jouent en effet dans les trois domaines: législatif, exécutif et judiciaire. Il s'agit dès lors moins d'un devoir de coopération des Etats eux-mêmes, mais d'un concours des organes et des procédures de ces derniers. Ce devoir se situe d'ailleurs à tous les niveaux de l'administration publique.

La coopération doit fonctionner dans tous les domaines concernés par les tâches attribuées à la Communauté. Ceci ressort d'une interprétation du libellé de l'article 5 ainsi que du rapport de ce dernier avec d'autres dispositions du traité CE. Selon la deuxième phrase du premier paragraphe de l'article 5, les Etats membres facilitent à la Communauté l'accomplissement de sa mis-

245 Voir l'article F du traité sur l'Union.

246 Voir Due, «Article 5 du traité CEE – Une disposition de caractère fédéral?», *AEL* (1991) II-1, 15.

247 CJCE, affaire 141/78, *France c. Royaume-Uni* (Pêche maritime), Rec. 1979, 2923; voir à cet égard, Dauses, «Quelques réflexions sur la signification et la portée de l'article 5 du traité CE», in R. Bieber *et al.* (éd.) *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts* (1987) 22.

sion; quant au deuxième paragraphe de cette même disposition, il prévoit l'obligation des Etats de s'abstenir de toutes mesures qui pourraient nuire aux buts de la Communauté. Il y a donc un lien entre d'une part, les devoirs de fidélité imposés aux Etats membres, et d'autre part, les tâches de la Communauté définies par les articles 2 et 3 du traité CE. En conséquence, si l'on admet que l'accomplissement des tâches évoquées dans ces dispositions générales nécessite une réalisation sous forme de délégation de compétences²⁴⁸ et que les organes communautaires fonctionnent selon le principe des compétences d'attribution,²⁴⁹ l'obligation de coopération doit être appliquée en premier lieu à la mise en œuvre des dispositions prises dans le cadre de ces compétences. Tout comme l'effet direct et la primauté des règles communautaires sont les conséquences logiques du transfert de compétences à l'entité supranationale, la coopération des Etats membres dans l'exécution du droit communautaire correspond aussi à l'attribution des fonctions souveraines partielles.

Le devoir de coopération ou de fidélité tel qu'il est défini par la règle générale de l'article 5 du traité CE se retrouve dans différentes dispositions plus spécifiques. Ainsi, par exemple, dans le cadre de l'union douanière, l'article 12 du traité CE interdit aux Etats membres d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou des taxes d'effet équivalent. Dans chaque cas, le devoir de coopération – que ce soit sous la forme de la clause générale de l'article 5 du traité CE ou par le biais de règles spéciales – s'adresse aux Etats membres en tant qu'entités globales. En réalité, les obligations découlant du droit communautaire ont des impacts sur les différentes composantes de l'organisation étatique interne – à savoir le pouvoir législatif, les instances administratives et les tribunaux. Pour chacune de ces fonctions, la mise en œuvre des finalités communautaires peut se présenter sous un angle spécifique.

La coopération en tant qu'obligation ne s'impose pas seulement aux Etats mais à la Communauté également. Ainsi qu'il résulte de l'article 6 du traité CE, la Communauté, elle aussi, doit veiller à ce que le bon fonctionnement des Etats ne soit pas compromis.²⁵⁰ Si cet aspect important du devoir réciproque de la Communauté européenne envers les Etats membres mérite d'être cité ici, il ne sera plus pris en compte dans le reste de la présente étude.²⁵¹

248 Zuleeg in H. Groeben *et al.* (éds.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, art. 2/5.

249 Voir à ce sujet, H.-P. Krausser, *Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages* (1991).

250 Voir CJCE, affaire C-2/88, *Procédure pénale c. Zwartveld*, Rec. 1990, 3365.

251 Pour un examen approfondi des multiples facettes de la coopération, voir M. Walbroeck, J.-V. Louis, D. Vignes *et al.*, *Commentaire Mégret, le droit de la CEE*, vol. 1 (2ème éd., 1992) 25-43.

1. La coopération législative

En ce qui concerne les fonctions nationales législatives, l'obligation de coopérer se traduit surtout par l'adoption des normes complémentaires ou d'exécution d'une part, et par l'adaptation du droit national aux directives au sens de l'article 189 paragraphe 3 du traité d'autre part.²⁵² A titre d'exemple, l'article 100A du traité CE invite la Communauté à l'adoption de mesures relatives au rapprochement²⁵³ des droits nationaux dans le cadre de l'établissement du marché intérieur. L'article 189 paragraphe 3 du traité CE n'est pas explicite à l'égard des législateurs nationaux quant à leur devoir de transposition des directives. Une interprétation téléologique conduit cependant à une telle obligation à défaut de quoi le but des directives serait vidé de son sens. La Cour, pour déduire l'obligation de transposition, se fonde effectivement sur l'article 5 du traité CE afin de donner un impact d'efficacité à la fonction des directives.²⁵⁴

Le devoir de coopération qui se réalise à travers l'adaptation du droit national exige le respect de certains impératifs trouvant leur fondement dans l'article 5 du traité CE. Ainsi, la transformation de directives en droit national requiert l'édiction de règles *stricto sensu*. Un changement de pratiques administratives²⁵⁵ ou un renvoi à des normes techniques ne sauraient satisfaire aux objectifs de la coopération²⁵⁶ puisqu'est en cause la sécurité juridique en tant que composante de l'efficacité du droit. D'après la Cour, les bénéficiaires des droits découlant d'une directive doivent être en mesure de prendre connaissance des règles pertinentes et de les invoquer le cas échéant, devant les juridictions nationales:²⁵⁷ coopération étatique et efficacité juridique se réunissent donc au profit de la mise en œuvre du droit communautaire. En revanche, la transposition d'une directive par le biais d'une convention collective de travail est admise du moment que l'Etat membre concerné prévient aux éventuelles lacunes conventionnelles et que la convention a force obligatoire *erga omnes*.²⁵⁸ Il faut relever que la mise en œuvre de directives relevant du domaine de la politique sociale se dessine comme une future forme alternative de transposition qui risque de réduire la responsabilité du législateur national pour le respect de la coopération: selon l'article 2

252 Voir sur les obligations législatives découlant du droit communautaire, von Simson, «Rechtssetzungsaufträge in der Europäischen Gemeinschaft», in J. Schwarze (éd.), *Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft* (1985) 55, 60ss.

253 Sur l'harmonisation, voir Vignes, «Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom?», in *Mélanges Boulouis* (1991) 533.

254 CJCE, affaire 222/84, *Johnston c. Chief Constable*, Rec. 1986, 1651.

255 CJCE, affaire 102/79, *Commission c. Belgique*, Rec. 1980, 1473.

256 CJCE, affaire C-361/88, *Commission c. Allemagne*, Rec. 1991, 2567; voir à cet égard, Langenfeld *et al.*, «Die TA-Luft – Kein geeignetes Instrument zur Umsetzung von EG-Richtlinien», *EuZW* (1991) 622.

257 CJCE, affaire C-361/88, *Commission c. Allemagne*; CJCE, affaire C-131/88, *Commission c. Allemagne*, Rec. 1991, 825.

258 CJCE, affaire 143/84, *Commission c. Danemark*, Rec. 1985, 427.

paragraphe 4 de l'accord sur la politique sociale conclu entre onze Etats membres lors de l'adoption du traité sur l'Union européenne, les Etats membres peuvent confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises dans le cadre de l'accord. Néanmoins, à l'instar du devoir de coopération découlant de l'article 5 du traité CE, l'Etat membre concerné doit prendre toutes mesures nécessaires lui permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par la directive.²⁵⁹

A côté du devoir de coopération impliquant l'activité du législateur national, la coopération peut aussi exiger un devoir de s'abstenir d'agir. Toutefois, les limites à ce devoir restent encore à préciser. Ainsi, la préparation d'une réglementation communautaire peut, selon certains auteurs, obliger les Etats membres à faire preuve de retenue dans le domaine touché par la future directive.²⁶⁰ Sur ce point, des doutes peuvent être émis quant à la question de savoir si seule l'obligation générale de coopérer peut limiter l'autonomie législative des Etats membres dans l'antichambre d'une réglementation communautaire. L'article 5 du traité CE et notamment son deuxième paragraphe, requiert une interprétation qui doit tenir compte tant des dispositions relatives au processus décisionnel communautaire que du système de partage des compétences.

En premier lieu, le système des compétences d'attribution propre aux traités repose sur la distinction entre compétences exclusives et compétences concurrentes.²⁶¹ Ces dernières laissent aux Etats membres la liberté d'agir aussi longtemps que le législateur communautaire n'en a pas fait usage et, de ce fait, ne les a pas encore élevées au niveau supranational.²⁶² En l'absence d'une réglementation communautaire déjà existante, le seul recours à l'article 5 du traité CE ne saurait dès lors empêcher les Etats membres de légiférer dans un domaine soumis à la compétence concurrente de la Communauté et visé par d'éventuels actes futurs. Ensuite, l'adoption des règles est soumise au respect d'un processus décisionnel nécessitant la majorité qualifiée voire l'unanimité des représentants des Etats membres.²⁶³ Non seulement, la prise d'une décision définitive peut nécessiter une phase préparatoire très longue, due notamment à la lourdeur du système décisionnel,²⁶⁴ mais surtout, un *stand still* des législations nationales pourrait provoquer des vides juridiques

259 Voir au sujet de l'accord sur la politique sociale, *infra*, chapitre «Juridicité».

260 Pipkorn, «Le rapprochement des législations dans la Communauté à la lumière de l'Acte unique européen», *AEL* (1990) I-1, 189, 205, qui préconise un effet de *stand still* des projets communautaires.

261 G. Isaac, *Droit communautaire* (1992) 39, 41.

262 CJCE, affaires jointes 3,4 et 6/76, *Kramer c. Pays-Bas*, Rec. 1976, 1279.

263 Voir la règle générale de l'article 148, paragraphe 1 du traité CE ainsi que les multiples exceptions telles que les articles 43, 49, 51, 54, 57, 63, 69, 75, 87, 99, 100, 100A, 118A, 130A, 130S, 235.

264 Critique à cet égard Bruha, «Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft - Deregulierung durch Neue Strategie?», *ZaöRV* (1986) 1, 3.

permanents. De plus, l'usage d'une compétence concurrente par la Communauté requiert l'accord des Etats membres. En conséquence, l'obligation anticipée des législateurs nationaux se limite dès lors, tout au plus, à ne pas rendre impossible l'adoption d'une réglementation communautaire.

En outre, en ce qui concerne la mise en application de sanctions à l'égard du pouvoir étatique national lorsqu'il enfreint son devoir de coopération, la jurisprudence fonde la responsabilité de l'Etat, entre autres, sur l'article 5 du traité CE.²⁶⁵ Ainsi, elle semble porter atteinte à un domaine réservé, pour l'heure, aux législateurs nationaux.

Le non-respect du devoir de transposition peut conduire, comme il l'a déjà été dit ci-dessous, à l'introduction d'une action en manquement contre l'Etat membre défaillant. Ce dernier ne saurait invoquer l'existence de problèmes internes:²⁶⁶ elle est la conséquence logique de l'autonomie procédurale des Etats membres dans le cadre de la Communauté.

L'adaptation du droit national au droit communautaire n'est pas limitée à la transposition des directives. L'édition de règlements, dans le cadre des compétences de la Communauté, rend souvent nécessaires certaines modifications des législations internes afin que le règlement puisse s'appliquer de façon opérationnelle.²⁶⁷ Ici, à nouveau, les devoirs du législateur national sont en rapport direct avec l'exécution des compétences attribuées à la Communauté. D'une manière générale, le législateur national est tenu d'accepter toutes les normes indispensables pour rendre efficace le droit communautaire.

2. La coopération exécutive

Du point de vue de l'exécution du droit communautaire, les impératifs d'une collaboration fidèle aux buts de l'intégration exigent le concours des administrations nationales. La Communauté, qui est démunie en principe de compétences et structures exécutives propres, a besoin, pour le bon fonctionnement des mécanismes d'intégration, des entités administratives in-

265 CJCE, affaires jointes C-6/90 et C-9/90 *Francovich*, *supra* note 136; voir aussi, Schockweiler, «La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire», *RTDE* (1992) 27; Fischer, «Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht», *EuZW* (1992) 41; voir aussi la question préjudicielle posée par le Bundesgerichtshof par une ordonnance du 28 janvier 1993, *EuZW* (1993) 226.

266 CJCE, affaire 68/81, *Commission c. Belgique*, Rec. 1982, 153; CJCE, affaire 52/75, *Commission c. Italie*, Rec. 1976, 277.

267 Glaesner, «Encadrement communautaire de la transposition du droit européen en droit national par les Etats membres», in J. Schwarze (éd.), *The 1992 Challenge at National Level* (1990) 17.

ternes.²⁶⁸ En principe, ces dernières exécutent leurs tâches en vertu de l'autonomie procédurale qui revient aux Etats membres.²⁶⁹

La collaboration des administrations nationales ne se limite pas à l'application des règles communautaires ayant un effet direct, telles que les règlements, les décisions ou certaines dispositions du droit primaire. Dans la majorité des situations à gérer, la mise en œuvre des normes communautaires est accompagnée d'un recours aux différentes branches du droit administratif des Etats membres. Il peut s'agir de règles nationales non touchées par l'action communautaire, ou encore de domaines harmonisés par le biais de directives. Ainsi, par exemple, lorsqu'une administration nationale, dans la mesure où la Commission n'a pas elle-même ouvert une procédure, applique les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 du traité CE,²⁷⁰ elle recourt à titre complémentaire aux règles nationales concernées.²⁷¹

Il est clair que le devoir de coopération des Etats membres, lorsqu'il incombe aux autorités exécutives, exige une application des règles communautaires fidèle au sens et aux buts de ces dernières. Mais de surcroît, l'effet utile doit être respecté lors de l'application complémentaire du droit national. La coopération exige notamment que les règles nationales relatives à la procédure administrative permettent la mise en œuvre efficace du droit communautaire²⁷² et que l'interprétation du droit national administratif tienne compte des intérêts communautaires.²⁷³ L'autonomie administrative des Etats membres est donc soumise au respect des buts du droit communautaire dont elle assure l'exécution. Par ailleurs, les autorités nationales sont tenues de traiter les situations de fait et de droit relevant du droit communautaire de la même manière qu'elles traitent les situations purement internes.²⁷⁴ L'interdiction de discrimination présentée ici sous un angle procédural permet aux justiciables de faire valoir leurs droits découlant de l'ordre juridique au moyen des mêmes garanties de procédure que celles dont ils pourraient se servir lors de la poursuite d'un droit d'ordre national.²⁷⁵ De plus, les autorités nationales ont l'obligation, en vertu du devoir de coopération, de veiller à l'égard des justiciables à ce que les intérêts communautaires soient

268 H. Siedentopf, *Die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts durch die Verwaltungen der Mitgliedstaaten* (1990) 7; J.-V. Louis, *L'ordre juridique communautaire* (1989) 165.

269 CJCE, affaire 33/76, *Rewe c. Landwirtschaftskammer*, Rec. 1976, 1989; CJCE, affaire 45/76, *Comet BV c. Produktschap voor Siegerwassen*, Rec. 1976, 2043; CJCE, affaire 811/79, *Ariete c. Amministrazione delle Finanze*, Rec. 1980, 2545.

270 Art. 9, paragraphe 3 du règlement 17/62 du 6 février 1962, JOCE L 13 (1962) 204.

271 CJCE, affaire C-67/91, *Dirección general de defensa/Asociación española de banca privada*, arrêt du 16 juillet 1992, non encore publié.

272 Zuleeg in H. Groeben *et al.*, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, art. 5/7.

273 CJCE, affaire 94/87, *Commission c. Allemagne*, Rec. 1989, 175, 192.

274 CJCE, affaire 33/76, *Rewe*, *supra* note 269; CJCE, affaire 68/79, *Just c. Danemark*, Rec. 1980, 501; voir pour plus de détails l'aperçu sur la jurisprudence chez K.E. Huthmacher, *Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts bei indirekten Kollisionen* (1985) 82.

275 Oliver, «Le droit communautaire et les voies de recours nationales», *CDE* (1992) 348, 351.

protégés avec la même rigueur dont elles font preuve lorsqu'il s'agit d'intérêts nationaux.²⁷⁶

3. La coopération judiciaire

La fidélité aux objectifs de l'intégration incombe aux juridictions nationales appelées, sous l'angle de l'efficacité,²⁷⁷ «à assurer le plein effet»²⁷⁸ du droit communautaire. La coopération juridictionnelle des Etats membres s'articule notamment autour de la procédure préjudicielle prévue par l'article 177 du traité CE. Le dialogue entre la Cour de justice et le juge national, qui contribue dans l'ensemble à l'application homogène des règles communautaires, constitue la charnière entre l'autonomie juridictionnelle des Etats et les intérêts de la Communauté. Il représente en même temps une composante non négligeable du contrôle «décentralisé» de l'application effective du droit.²⁷⁹

La coopération des autorités nationales juridictionnelles soulève des problèmes particuliers. D'une part, le rôle qui leur est attribué par l'article 177 du traité CE implique certaines obligations spécifiques dont une partie a été traitée sous l'angle de l'efficacité du droit communautaire.²⁸⁰ En effet, se pose la question de savoir si ce devoir de coopération peut raisonnablement servir à imposer aux tribunaux nationaux une attitude collaborante lors de l'application du droit; le terrain est sensible, puisque l'autonomie du juge dans l'ordre institutionnel national et communautaire est en cause. D'autre part, les prérogatives du droit communautaire peuvent placer le juge national dans une situation délicate par rapport au système institutionnel national dans son ensemble, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter le droit national à la lumière du droit communautaire. Ici, les limites entre jurisprudence et législation nationales risquent d'être anéanties sur la base de l'article 5 du traité CE.

L'obligation de coopérer figurant dans l'article 5 du traité CE s'adresse à toutes les entités institutionnelles d'un Etat membre, y compris les tribunaux.²⁸¹ Par conséquent, la violation commise par une juridiction

276 CJCE, affaires jointes 119 et 126/79, *Lippische Hauptgenossenschaft c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, Rec. 1980, 1863.

277 Voir le chapitre sur «l'Efficacité».

278 CJCE, affaire 106/77, *Simmenthal II*, supra note 111; CJCE, affaire C-213/89, *Factortame*, supra note 106; CJCE, affaires jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich*, supra note 136.

279 Voir au sujet du «contrôle décentralisé» Ehlermann, «Ein Plädoyer für die dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten», in F. Capotorti et al. (éd.), *Du droit international au droit de l'intégration: Liber Amicorum Pierre Pescatore* (1987) 217.

280 Voir le chapitre sur «l'Efficacité».

281 Meier, «Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen», *EuZW* (1991) 11,12.

nationale des devoirs découlant de l'article 5 ou d'autres dispositions plus spécifiques du traité CE peut, en principe, conduire à une action en manquement devant la Cour de justice en vertu de l'article 169 du traité CE, encore qu'une telle situation ne s'est produite depuis la création de la Communauté que très rarement.²⁸² Il faut distinguer de ce cas particulier les actions en manquement qui se dirigent contre une pratique administrative constatée à la suite et eu égard à une jurisprudence nationale non conforme au droit communautaire.²⁸³

Un manquement de la part des juridictions à leur devoir de coopération peut notamment entrer en ligne de compte dans le cadre de la procédure préjudicielle prévue par l'article 177 du traité CE. En effet, l'article 177 du traité CE offre aux juridictions nationales la possibilité de saisir la Cour lorsqu'une question portant sur l'interprétation du droit communautaire se pose. Il faut préciser que la Cour n'a que rarement rejeté une demande pour irrecevabilité. Elle a pourtant récemment refusé de statuer sur une question préjudicielle qui avait été trop imprécisément formulée.²⁸⁴

En ce qui concerne les affaires pendantes devant un tribunal dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel interne, l'article 177, alinéa 3 établit le devoir du juge de saisir la Cour de justice. La jurisprudence de la Cour de justice relative à cette disposition a dégagé certaines obligations du juge national dans le cadre de la procédure préjudicielle. Il faut notamment, pour qu'une juridiction nationale puisse s'abstenir de soumettre une question à la procédure préjudicielle, qu'elle soit non seulement démunie de tout doute raisonnable sur l'interprétation correcte du droit communautaire, mais encore qu'elle soit convaincue que «la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres et à la Cour de justice».²⁸⁵ Bien qu'une question soit «matériellement identique à une autre, ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue», et que la réponse donnée pourrait en principe vider l'obligation de l'article 177, alinéa 3 du traité CE de son sens, le juge national conserve la possibilité «de déférer à nouveau à la Cour des questions d'interprétation».²⁸⁶ Fait partie de la coopération juridictionnelle, le devoir incombant au juge national de respecter le monopole de la Cour statuant sur l'éventuelle invalidité d'une norme communautaire.²⁸⁷

Un refus constant d'intenter la procédure préjudicielle au motif que l'interprétation de la règle en question est évidente et ne nécessite pas l'avis

282 Voir par exemple CJCE, affaire C-52/90, *Commission c. Danemark*, Rec. 1992, 2187.

283 Sack, «Verstossverfahren und höchstrichterliche Vertragsverletzungen – eine Klarstellung», *EuZW* (1991) 246, 247.

284 CJCE, affaire C-157/92 *Pretore di Genova c. Giorgio Banchemo*, arrêt du 19 mars 1993, non encore publié.

285 CJCE, affaire 283/81, *Cilfit*, supra note 20.

286 CJCE, affaires jointes 28-30/62, *Da Costa en Schaake c. Pays-bas*, Rec. 1963, 63.

287 CJCE, affaire 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec. 1987, 4199.

de la Cour,²⁸⁸ pourrait être considéré comme un manquement à la coopération juridictionnelle et dès lors en principe être qualifié de violation de l'article 177, alinéa 3 du traité CE; il n'en reste pas moins que l'introduction d'une action en manquement selon l'article 169 du traité CE semble peu opportune dans ce cas. Un jugement de la Cour constatant un manquement s'adresse à l'Etat membre dans son ensemble et non pas à la juridiction nationale dont la jurisprudence est mise en cause. Selon l'article 171 du traité CE, c'est l'Etat concerné qui est tenu de prendre les mesures nécessaires à l'exécution de l'arrêt de la Cour. Or, dans un Etat démocratique reposant sur un système de partage des pouvoirs institutionnels, une telle exécution semble pratiquement irréalisable au regard des principes fondamentaux de l'ordre juridique interne. Une sentence de la Cour aux termes de l'article 171 du traité CE n'aurait dès lors qu'une portée politique.

En outre, l'idée de contraindre les juridictions internes à l'exécution est en désaccord avec la philosophie de la procédure préjudicielle reposant sur une véritable coopération entre la Cour et le juge national. Cette coopération «comporte une répartition des fonctions» entre ces derniers «dans l'intérêt de la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des Etats membres».²⁸⁹ Or, l'application homogène du droit communautaire qui devrait résulter d'un dialogue entre les juridictions nationales et la Cour ne peut reposer que sur une entente réciproque ainsi que sur l'acceptation de la jurisprudence communautaire par les tribunaux nationaux. La Communauté étant démunie en principe de force exécutoire, le droit, en tant que catalyseur de l'intégration, doit convaincre à lui seul.

Pourtant, la Cour ne semble pas vouloir à tout prix engager le dialogue sur l'interprétation de certaines dispositions communautaires qu'une juridiction nationale avait refusé de soumettre à la procédure préjudicielle de l'article 177 du traité CEE. Ainsi, elle évite, conformément à la délimitation des tâches faite par l'article 177 du traité CEE, de donner des avis de droit sur des questions générales ou hypothétiques,²⁹⁰ même si ces questions concernent un acte qu'un tribunal de dernière instance du même Etat membre a soustrait à l'interprétation de la Cour.

Le devoir de coopération juridictionnelle influe également sur l'application du droit national. Aux termes de la jurisprudence, l'article 5 du traité CE exige de toutes les autorités des Etats membres, y compris les autorités juridictionnelles, qu'elles prennent les mesures nécessaires pour atteindre le

288 *BGH NJW* (1990), 982; voir à ce sujet, Steindorff, «Gesellschaftsrechtliche Richtlinien der EG und strengeres staatliches Recht», *EuZW* (1990) 251; Meilicke *et al.*, «Plaidoyer pour un droit européen des sociétés: l'apport de créances détenues sur une société en difficulté financière», *RTDE* (1991) 587, 597.

289 CJCE, affaire 244/80, *Foglia c. Novello* (II), Rec. 1981, 3045.

290 CJCE, affaire C-83/91, *Wienand Meilicke c. ADV/ORG A. Meyer AG*, Rec. 1992, 4871.

résultat visé par une directive. Il incombe aux juges nationaux d'interpréter les lois internes, qui ont été spécialement introduites en vue d'exécuter une directive à la lumière du texte et de la finalité de cette dernière; ainsi, le but visé par l'article 189, alinéa 3 du traité CE²⁹¹ peut être atteint. Le devoir d'interpréter le droit interne à la lumière des directives s'impose, qu'il s'agisse tant de dispositions antérieures que de dispositions postérieures à la directive.²⁹²

Cette coopération des juridictions nationales qui prend la forme d'un travail d'interprétation des règles nationales au regard des directives soulève un certain nombre de problèmes. En premier lieu, la formule utilisée par la Cour concernant les devoirs d'interprétation, que le juge national doit observer, laisse celui-ci dans le flou concernant le sens à donner aux règles du droit interne. A moins que la Cour ait déjà eu l'occasion de statuer dans le cadre d'un recours préjudiciel sur l'interprétation d'une directive, le juge est dès lors appelé à chercher la finalité d'une directive par lui-même. En cas de doute, il peut toujours poser la question d'interprétation devant la Cour. Il subsiste que lorsque les juridictions nationales ne peuvent plus, le cas échéant, se référer au libellé du droit national déclaré incompatible avec les prérogatives du droit communautaire, l'homogénéité de la jurisprudence interne est mise en cause. En réalité, si un arrêt de la Cour indique l'itinéraire téléologique à suivre, une interprétation uniforme du droit national se révèle être difficile. L'expérience faite à l'égard des exigences imposées par la directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes²⁹³ en est un bon exemple. A la suite de l'arrêt rendu dans l'affaire *von Colson et Kamman*, les tribunaux de l'Etat membre concerné ont en effet eu des difficultés à obtenir une interprétation uniforme de la règle nationale mise en cause.²⁹⁴

Les incertitudes relevant d'une interprétation du droit national «à la lumière des directives» touchent notamment à la question de savoir où se trouvent les limites de l'interprétation et où commence la création jurisprudentielle de règles entraînant tous les problèmes que cette dernière implique sous l'angle du partage interne des compétences.²⁹⁵ En s'inspirant du sens de

291 CJCE, affaire 14/83, *von Colson et Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, Rec. 1984, 1891; CJCE, affaire 79/83, *Dorit Harz c. Deutsche Tradax*, Rec. 1984, 1921; CJCE, affaire 80/86, *Procédure pénale contre Kolpinghuis*, Rec. 1987, 3969.

292 CJCE, affaire C-106/89, *Marleasing c. Comercial internacional de alimentación SA*, Rec. 1990, 4135.

293 JOCE L 39 du 14 février 1976, 40.

294 Eisenmann, «Der Ersatz von immateriellen «Diskriminierungsschäden», *AuR* (1988) 225, 226; il a fallu attendre jusqu'à ce que, en 1989, le Tribunal fédéral du Travail (*Bundesarbeitsgericht*) tranche la question de l'indemnisation d'une discrimination sexiste commise par un employeur lors de l'embauche, *BAG, JZ* (1991) 43.

295 Voir sur ce problème, Zuleeg, «Gleicher Zugang von Männern und Frauen zu beruflicher Tätigkeit», *RdA* (1984) 325, 329; Birk, «Die Auswirkungen der Rechtsprechung des

la directive concernée, le juge national peut être amené à adopter une solution autre que celle prévue par les règles pertinentes du droit interne. Il entreprend dès lors une «interprétation» *contra legem*, méthode qui probablement lui est interdite au regard de l'ordre juridique national. Le fait que les juridictions nationales soient tenues, en vertu du droit communautaire, d'appliquer le droit de façon illégale dans des situations purement internes est une conséquence nécessaire. Ayant admis, une fois pour toutes, la primauté et l'effet direct du droit communautaire, la Cour de justice n'est que cohérente avec elle-même lorsqu'elle assigne le Pretore di Susa à se substituer à la *Corte costituzionale italiana*²⁹⁶ ou encore les juges britanniques d'ignorer des principes fondamentaux de la *Common Law*.²⁹⁷

En ce qui concerne les directives, par contre, la situation est différente. Alors que la primauté, et de ce fait, l'écartement des règles nationales coulent de source lorsqu'il s'agit de dispositions des traités directement applicables ou de règlements au sens de l'article 189, alinéa 2 du traité CE, la directive, elle, n'a en principe pas d'effet direct. Aux termes de l'article 189, alinéa 3 du traité CE, il incombe aux législateurs nationaux de la transformer en une norme ayant effet *erga omnes*. Ce n'est qu'exceptionnellement et sous certaines conditions que les dispositions d'une directive permettent aux justiciables d'en déduire des droits individuels à l'encontre des autorités publiques.²⁹⁸ A plusieurs reprises, la Cour a confirmé sa jurisprudence excluant l'effet direct des directives dans des rapports entre particuliers.²⁹⁹

La méthode d'interprétation du droit national «à la lumière» des directives, que la Cour semble vouloir distinguer clairement de l'effet direct de ces dernières, mandate les juridictions internes de remédier aux insuffisances législatives. Tant que le juge reste dans le cadre de la seule interprétation des règles nationales, la séparation entre l'application du droit interne répondant aux exigences de l'article 5 du traité CE d'une part, et l'effet direct d'une directive d'autre part, est maintenue. En revanche, du moment que le libellé de règles nationales pertinentes ne permet plus de soutenir la solution adoptée en vertu de la directive concernée, une telle «interprétation» équivaut à la création de nouvelles règles par voie jurisprudentielle³⁰⁰ et peut aboutir au même résultat que celui auquel aurait conduit l'effet direct d'une directive.

EuGH zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Berufszugang», *NZA* (1984) 145, 149.

296 CJCE, affaire 106/77, *Simmenthal II*, *supra* note 111.

297 CJCE, affaire C-213/89, *Factortame*, *supra* note 106.

298 Voir le chapitre sur «l'Efficacité».

299 CJCE, affaire 152/84, *Marshall c. Southampton and South-West-Hampshire Area Health authority*, Rec. 1986, 723; CJCE, affaire C-106/89, *Marleasing*, *supra* note 292, considérant 5.

300 Voir à ce sujet, Dänzer-Vanotti, «Die richtlinienkonforme Auslegung deutschen Rechts hat keinen rechtlichen Vorrang», *RIW* (1991) 754.

Telle est en effet la conséquence de la solution adoptée par la Cour dans l'affaire *Marleasing*.³⁰¹ Après avoir expressément rejeté l'application directe, entre personnes privées, des dispositions pertinentes de la directive en cause, la Cour ordonne l'interprétation du droit national à la lumière de cette dernière. Elle arrive, par ce biais, au même résultat que celui qu'elle aurait atteint en attribuant un effet direct aux dispositions de la directive.

Cette approche mérite une appréciation critique à plusieurs égards. En obligeant le juge national à statuer *contra legem* lorsqu'il se trouve face à une directive mal transposée, la coopération juridictionnelle devient un remède aux insuffisances du système législatif communautaire; au cas où les Etats membres ne répondent pas aux exigences posées par une directive, le juge interne est appelé à combler les lacunes du droit national, et ceci même lorsque ces dernières sont volontaires.

Reste à savoir si c'est la bonne méthode; des doutes peuvent être émis à ce sujet. D'une part, les restrictions faites à l'égard de l'application horizontale des directives continuent à être justifiées par les besoins de la sécurité du droit. Les directives étant adressées aux Etats membres, les justiciables ne sont pas censés connaître leur contenu: nul n'est censé ignorer la loi, mais l'individu est censé ignorer les directives. L'argument de la sécurité du droit ressort d'ailleurs de la jurisprudence de la Cour elle-même.³⁰² D'autre part, la méthode communautaire qui consiste à recourir à la coopération juridictionnelle en cas de carence du législateur national – aussi nécessaire qu'elle soit au regard de l'efficacité de droit – ne peut pas, à la longue, remplacer un système normatif adéquat. Tant que le traité fait la différence entre règlements et directives et que, dès lors, la coopération législative des Etats membres reste requise, le vrai problème réside au niveau de l'instrument. Ce dernier est soit imposé par les traités³⁰³ soit soumis à l'appréciation des organes communautaires³⁰⁴ impliquant la nécessité d'un consensus politique. En ce qui concerne la première hypothèse, les domaines soumis à une réglementation par voie de directives subissent forcément les difficultés du processus législatif à deux échelons;³⁰⁵ la coopération juridique telle qu'elle est préconisée par la Cour dans l'affaire *Marleasing*³⁰⁶ efface cette distinction entre règlements et directives, que seule une modification du droit primaire pourrait supprimer. En créant la confusion entre directives et règlements, le législateur communautaire et ensuite la Cour provoquent un transfert indirect des devoirs de coopération du législateur national aux organes judiciaires des Etats.

301 CJCE, affaire C-106/89, *Marleasing*, *supra* note 292.

302 CJCE, affaire 80/86, *Procédure pénale c. Kolpinghuis*, *supra* note 291.

303 Voir l'article 100 du traité CE.

304 Voir l'article 100A du traité CE.

305 Voir à ce sujet, Heydt, «Über die Notwendigkeit von EG-Verordnungen im europäischen Binnenmarkt», *EuZW* (1991) 513.

306 CJCE, affaire C-106/89, *Marleasing*, *supra* note 292.

C. La perte d'autonomie des Etats – corollaire de la coopération

1. L'effet indirect du droit communautaire sur le droit des Etats membres

A première vue, le devoir de coopération des Etats membres se limite à imposer l'adaptation du droit national aux exigences du droit communautaire en ce qui concerne les domaines qui relèvent des compétences d'attribution de la Communauté. Pour le reste, les législateurs nationaux régissent de façon autonome la mise en place et l'évolution de leur ordre juridique interne. En ce qui concerne les règles garantissant la mise en œuvre du droit communautaire sur le plan des pratiques administratives et judiciaires, les autorités nationales fonctionnent selon les prémisses du droit interne. Les règles communautaires à appliquer dans le cadre national et les règles nationales d'exécution sont complémentaires les unes des autres bien qu'elles soient destinées à régir des situations de fait différentes; une collision directe entre ces deux catégories de normes est donc à priori exclue et la règle de la primauté n'est pas concernée.

En effet, alors que le droit communautaire se limite, dans la plupart des cas, à fixer des dispositions matérielles relatives aux différentes politiques communes ou libertés fondamentales, les législations nationales sont responsables de la procédure administrative, des modalités judiciaires et de l'établissement d'éventuelles sanctions.

Néanmoins, entre l'autonomie qui reste aux Etats membres en ce qui concerne ces domaines et la prérogative d'une application homogène et efficace du droit communautaire, il existe un rapport conflictuel d'une importance non négligeable. Face aux frictions pouvant résulter de la juxtaposition des compétences communautaires et nationales, il se pose la question de savoir si et dans quelle mesure le devoir de coopération résultant de l'article 5 du traité CE provoque des répercussions sur des domaines non soumis à la compétence supranationale. En dehors du libellé relativement large de l'article 5, alinéa premier, première phrase du traité CE, divers éléments s'opposent à une mise en œuvre efficace et homogène du droit communautaire qui conduirait à une telle influence indirecte du processus d'intégration sur l'autonomie des Etats membres.

Le rapport conflictuel qui oppose le devoir de coopération à l'exercice autonome des compétences nationales ressort déjà de l'affaire *Lord Bruce* tranchée par la Cour en 1981.³⁰⁷ Bien que les Etats membres soient libres en matière de droit fiscal et que la Communauté ne soit pas dotée de compétences respectives, la Cour, en s'appuyant sur l'article 5 du traité CE, a imposé aux Etats membres des limites quant à l'édiction de règles fiscales à l'encontre des membres du Parlement européen. L'article 5 du traité CE exige des Etats membres «de faciliter à la Communauté l'accomplissement

307 CJCE, affaire 208/80, *Lord Bruce c. Eric Gordon Aspdén*, Rec. 1981, 2205.

de sa mission», «de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité» et «cette obligation comprend le devoir de ne pas prendre des mesures susceptibles d'entraver le fonctionnement interne des institutions de la Communauté». ³⁰⁸ Ainsi par le biais de l'article 5 du traité CE, l'autonomie des Etats membres est limitée dans un domaine qui en principe leur est réservé par le système des compétences d'attribution susmentionné.

La Cour de justice a longtemps admis le fait que les particularités du droit national puissent constituer un frein à la mise en œuvre efficace des règles communautaires. La répartition des compétences législatives entre la Communauté et les Etats membres est la pierre angulaire de cette jurisprudence. Selon la Cour, l'article 5 du traité CE oblige véritablement les Etats membres à coopérer à la mise en œuvre du droit communautaire en assurant notamment une protection judiciaire efficace de ce dernier.

Toutefois, en l'absence d'une réglementation communautaire régissant les domaines procéduraux et administratifs, les modalités et les conditions de la poursuite des droits relèvent des ordres juridiques internes. ³⁰⁹ Il convient de citer les règles concernant la protection de la bonne foi du bénéficiaire en cas de restitution de sommes indues, ³¹⁰ les délais procéduraux et règles matérielles de prescription, ³¹¹ les modalités régissant l'exécution des actes administratifs tel que l'éventuel effet suspensif d'un recours ou encore les différentes formes de sanction réprimant le comportement d'une personne privée ou compensant la responsabilité des autorités nationales. Tous ces domaines, relevant à l'heure actuelle en principe de l'appréciation des Etats membres, se situent dans un rapport conflictuel entre l'autonomie et la coopération. Du moment que l'on constate des répercussions du droit communautaire sur ces domaines, l'autonomie et la coopération ne sont plus simplement des notions corollaires, mais l'une, à savoir la coopération, a tendance à anéantir l'autre.

2. Les règles de procédure

Le recours au droit interne des Etats membres peut soumettre l'exécution des règles communautaires à des conditions très divergentes. Ainsi, par exemple, certains délais varient d'un système juridique à l'autre, entravant la poursuite

308 CJCE, affaire 208/80, *Lord Bruce*, *supra* note 307.

309 CJCE, affaire 33/76, *Rewe*, *supra* note 269, 455; CJCE, affaire 45/76, *Comet*, *supra* note 269, 2045.

310 Voir par exemple, VG Mainz, *EuZW* (1990) 389 excluant la répétition d'une subvention illégale au regard du droit communautaire; voir en revanche, VG Köln, *EuZW* (1990) 387, niant la bonne foi digne de protection d'un bénéficiaire du fait qu'il était au courant de l'illégalité de l'aide au regard du droit.

311 CJCE, affaires jointes C-31/91 à C-44/91, *Lageder et al. c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, arrêt du 1er avril 1993, non encore publié.

d'un intérêt financier communautaire dans un Etat membre, alors que dans l'autre, à défaut de dispositions de forclusions équivalentes, la mise en œuvre des règles communautaires reste possible.³¹² La Cour a par exemple préconisé l'autonomie des règles procédurales nationales en ce qui concerne les situations inverses, à savoir l'obligation des personnes privées de restituer des subsides octroyés en violation du droit communautaire.³¹³ L'obstacle à l'exécution du droit communautaire réside ici dans le fait que certaines règles nationales relevant du domaine du droit administratif protègent, sous certaines conditions, la bonne foi du bénéficiaire qui a reçu une somme à titre illégal. Ainsi, malgré le fait qu'un acte administratif octroie des aides interdites en vertu du droit communautaire, la répétition de la somme est impossible au regard du droit national administratif. Ici encore, la Cour³¹⁴ rappelle le principe de l'autonomie administrative des Etats membres qui subsiste aussi longtemps que le droit communautaire ne contient pas de règles communes à cet égard. Elle soutient néanmoins que le devoir d'une coopération fidèle à l'idée de l'article 5 du traité CE dresse certaines limites à l'application des règles nationales en faisant appel aux critères de l'impossibilité pratique et de l'interdiction de discrimination tels qu'ils ressortent de sa jurisprudence antérieure.³¹⁵ En l'occurrence, la Cour a admis la légitimité d'une règle nationale ayant pour but de protéger la bonne foi du bénéficiaire du moment que, lors de l'appréciation de la protection à insérer dans un cas d'espèce, les intérêts communautaires sont suffisamment pris en compte. En jugeant de la sorte, la Cour reste cohérente avec sa propre jurisprudence qui considère la protection de la confiance légitime du particulier comme un principe fondamental inhérent au droit communautaire.³¹⁶

312 Voir l'exemple donné par B. Beutler *et al.*, *Die Europäische Union*, 208.

313 CJCE, affaires jointes 205-215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, *supra* note 92; voir sur le problème en général Jestaedt, «Das Rückzahlungsrisiko bei formell rechtswidrigen Beihilfen», *EuZW* (1993) 49; Morson, «La récupération des aides octroyées par les Etats en violation du traité CE», *RTDE* (1990) 409; Fischer, «Zur Rückforderung von unter Verstoß gegen Art. 92, 93 EWGV gewährten nationalen Beihilfen», *DVBI* (1990) 1089; Schneider, «Vertragliche Subventionsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen europäischem Beihilferecht und nationalem Verwaltungsrecht», *NJW* (1992) 1197; Steindorff, Rückabwicklung unzulässiger Beihilfen nach Gemeinschaftsrecht, *ZHR* (1988) 474; Fromont, La récupération des aides versées en violation du droit communautaire, *RAE* (1993) 5.

314 CJCE, affaires jointes 205-215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, *supra* note 92.

315 CJCE, affaire 33/76, *Rewe*, *supra* note 269.

316 Voir à ce sujet, Huthmacher, *Der Vorrang*, 217; voir aussi, CJCE, affaire C-368/89, *Crispoltoni c. Fattoria Autonoma Tabacchi di Città di Castello*; Gilsdorf *et al.*, «Das EuGH-Urteil im Fall Crispoltoni und die Rückwirkungsproblematik», *EuZW* (1992) 267; CJCE, affaire C-44/89, *von Deetzen c. Hauptzollamt Oldenburg*, Rec. 1991, non encore publié; CJCE, affaire C-177/90, *Kühn c. Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, Rec. 1992, I, 35; CJCE, affaires jointes C-260/91 et 261/91, *Diversint SA et al. c. Administración Principal de Aduanas e Impuestos Especiales de la Junquera*, arrêt du 1er avril 1993, non encore publié.

Dans une affaire concernant une action en manquement introduite par la Commission contre l'Allemagne,³¹⁷ la Cour a laissé indécise la question de savoir si la non-répétition d'une aide contraire au droit communautaire est justifiée au regard des règles nationales protégeant la confiance légitime du bénéficiaire. Elle s'est contentée de constater que les autorités allemandes auraient dû, en vertu des devoirs réciproques de coopération loyale, soumettre les problèmes de mise en œuvre du droit communautaire à la Commission en lui proposant des solutions appropriées. Pour le reste, la Cour se réfère à sa jurisprudence établie dans le cadre de l'affaire *Deutsche Milchkontor*.³¹⁸

L'autonomie administrative et procédurale des Etats membres, sauvegardée ainsi à travers une évolution jurisprudentielle constante, semble néanmoins laisser du terrain à la création de principes propres au droit communautaire. Contrairement à l'arrêt rendu au sujet de l'affaire 205-215/82³¹⁹ dans lequel la Cour avait admis la compatibilité de certaines règles nationales limitant la répétition de subsides illégaux avec les exigences du droit communautaire, plusieurs affaires plus récentes ont donné l'occasion à la Cour de s'exprimer sur une collision indirecte entre l'efficacité du droit communautaire et l'autonomie procédurale des Etats membres.

Dans un arrêt du 20 septembre 1990,³²⁰ la Cour, saisie par la Commission en vertu de l'article 92, alinéa 2 du traité CE, a constaté une violation du droit communautaire à l'égard de l'Allemagne. Les autorités allemandes avaient refusé de répéter des aides incompatibles avec le marché commun aux termes de l'article 92 du traité CE, au motif que les règles nationales protégeant la confiance légitime du bénéficiaire faisaient obstacle à toute restitution. La Cour se réfère bien à sa jurisprudence antérieure, en particulier à son arrêt rendu dans l'affaire *Deutsche Milchkontor*,³²¹ en admettant en principe de telles règles nationales. Mais au lieu de se contenter d'un renvoi au droit national en ce qui concerne les conditions auxquelles est soumise la protection de la confiance légitime, la Cour émet elle-même des critères matériels devant régir l'application du droit administratif interne. Selon la Cour, la constatation de l'existence d'une confiance digne de protection suppose que les règles formelles imposées par l'article 93 du traité CE soient respectées; en particulier, l'Etat membre prestataire se doit d'informer en temps utile la Commission d'un projet tendant à instituer ou à modifier des aides. Or, comme l'estime la Cour, une entreprise qui exerce son activité en commerçant prudent et avisé doit se renseigner du respect des formalités. Seulement dans des cas exceptionnels, les circonstances qui devront être

317 CJCE, affaire 94/87, *Commission c. Allemagne*, Rec. 1991, 175.

318 CJCE, affaires jointes 205-215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, *supra* note 92; voir au sujet de l'affaire 94/87, Schmidt-Räntsch, «Zur Behandlung EG-widriger Beihilfen», *EuZW* (1990) 376.

319 CJCE, affaires jointes 205-215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, *supra* note 92.

320 CJCE, affaire C-5/89, *Commission c. Allemagne*, Rec. 1990, 3437.

321 CJCE, affaires jointes 205-215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, *supra* note 92.

appréciées par le juge national peuvent fonder une confiance légitime malgré les irrégularités formelles commises lors de l'octroi d'une aide. En vertu de cette jurisprudence, les principes communautaires régissant la protection de la confiance légitime en cas d'aides contraires au droit communautaire se superposent dès lors aux règles nationales correspondantes.

3. La protection provisoire des droits

Dans un autre cas, la Commission avait introduit une action en manquement visant à faire constater qu'en persistant à ne pas exécuter les mesures de distillation obligatoire de vin de table, par la mise en œuvre de mesures nationales de contrainte la République fédérale d'Allemagne avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire et, notamment, en vertu de l'article 5 du traité CE.³²² Les autorités allemandes avaient en effet omis d'ordonner l'exécution immédiate des actes administratifs concernant la distillation de vin de table. Selon les règles nationales pertinentes, une opposition formée contre un acte administratif a en principe un effet suspensif; en l'occurrence, des oppositions avaient été formées à l'encontre d'un certain nombre d'actes en question. Toutefois, les autorités administratives peuvent, à certaines conditions, ordonner l'exécution immédiate de l'acte contre lequel l'opposition a été formée et les administrés, de leur côté, peuvent introduire un recours auprès des tribunaux contre la décision ordonnant l'exécution immédiate d'un acte administratif. Les tribunaux peuvent, dans ce cas, suspendre à nouveau l'exécution de cet acte.³²³

La Cour rejette les allégations de l'Allemagne tendant notamment à faire valoir qu'il appartient aux Etats membres de déterminer les conditions de l'exécution du droit communautaire et que l'adoption d'une décision ordonnant l'exécution immédiate des actes se heurtait à des objections sérieuses en droit allemand.³²⁴ La Cour soutient néanmoins que, peu importe si les conditions posées par le droit allemand pour l'exécution immédiate sont réunies ou pas, les autorités allemandes auraient dû mettre fin à la suspension de l'exécution. En effet, un Etat membre – et en cela elle renvoie à sa jurisprudence antérieure³²⁵ – «ne saurait invoquer des dispositions pratiques ou situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations résultant du droit communautaire».

L'arrêt rendu dans l'affaire C-217/88 mérite d'être examiné dès lors qu'il réduit la protection provisionnelle des justiciables telle qu'elle est prévue par l'ordre juridique interne. La Cour a donc établi l'obligation des autorités nationales de procéder à l'exécution et ceci malgré d'éventuels recours

322 CJCE, affaire C-217/88, *Commission c. Allemagne*, Rec. 1990, 2879.

323 Ibid., considérant 5.

324 Ibid., considérants 24, 25.

325 CJCE, affaire C-74/89, *Commission c. Belgique*, Rec. 1990, 491.

introduits contre l'acte administratif et indépendamment des conditions requises par les règles internes. L'annulation de l'effet suspensif s'impose dès lors chaque fois qu'il s'agit d'un acte destiné à mettre en œuvre les obligations découlant du droit communautaire. Les mécanismes complexes des règles nationales conçus pour assurer une protection judiciaire efficace des justiciables sont écartés au profit du devoir de coopération communautaire. Ces mécanismes résident notamment dans l'obligation de l'administration d'établir un intérêt public particulier ou l'intérêt prépondérant d'un tiers à l'exécution immédiate.³²⁶ La possibilité de mettre fin à l'effet suspensif d'un recours revêt un caractère exceptionnel au regard du droit constitutionnel national,³²⁷ de sorte que l'établissement des critères susmentionnés est soumis à des conditions d'application strictes. De plus, l'administration dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire qu'elle est tenue d'utiliser, en vertu du droit national, à défaut de quoi l'ordonnance de l'exécution immédiate est illégale. Or, sous l'empire de la jurisprudence communautaire, les autorités nationales n'ont plus la possibilité d'apprécier les faits sous l'angle de critères d'opportunité. La décision discrétionnaire devient un acte administratif obligatoire et l'exception se transforme en règle. En résumé, on se trouve donc face à une situation dans laquelle le droit communautaire, sans connaître de règles procédurales (pouvant entrer en conflit direct avec l'ordre juridique interne), efface des règles nationales qui relèvent, d'après le partage des compétences, des Etats membres.

Par la suite, dans un arrêt du 21 février 1991, la Cour de justice a d'avantage encore empiété sur le domaine des règles procédurales nationales relatives à la protection provisoire des droits. La Cour a été appelée dans le cadre d'une procédure préjudicielle, à statuer sur la compétence des juridictions nationales pour suspendre l'exécution d'un acte administratif national fondé sur un règlement communautaire. A cette occasion, la Cour a élaboré des notions concernant le système de protection juridictionnelle provisoire et les a superposées aux règles pertinentes de l'Etat membre concerné.³²⁸

En l'occurrence, le *Finanzgericht Hamburg* tentait de savoir, pour l'essentiel, si l'application directe des règlements communautaires s'oppose aux pouvoirs des juridictions nationales de suspendre, dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire, les effets d'un acte administratif pris sur la base d'un règlement. De plus, le tribunal se demandait s'il fallait attendre d'une part qu'il soit statué sur le litige au principal et d'autre part, à

326 Voir paragraphe 80 II, chiffre 4 du code de procédure administrative allemand (VwGO) du 21 janvier 1960, BGBl. I, 17.

327 BVerfGE 35, 382, 02.

328 CJCE, affaire C-143/88, *Zuckerfabrik*, *supra* note 104.

quelles conditions les juridictions nationales pouvaient accorder une protection juridictionnelle provisoire.³²⁹

En premier lieu, la Cour constate que l'article 189, alinéa 2 du traité CE n'empêche pas les juridictions nationales d'accorder un sursis à l'exécution d'un acte administratif national pris sur la base d'un règlement communautaire. Cette première constatation repose sur un raisonnement de la Cour relatif au système de protection juridictionnelle propre au droit communautaire. En effet, comme la Cour de justice est seule compétente pour constater l'invalidité d'un règlement communautaire,³³⁰ la procédure préjudicielle constitue donc une modalité du contrôle de la légalité du droit communautaire. De ce fait, la protection juridictionnelle provisoire devient une des composantes du système³³¹ et le justiciable devrait pouvoir obtenir la suspension d'une mesure reposant sur l'acte attaqué. Jusqu'ici la décision de la Cour semble convaincante. En dehors des possibilités d'action prévues par l'article 173, alinéa 2 du traité CE, le justiciable ne dispose que des voies de recours nationales qui aboutissent, le cas échéant, à la Cour de justice par le biais de l'article 177 du traité CE. La protection effective des droits individuels serait anéantie si le juge national, tant que la Cour ne s'est pas prononcée sur la validité de l'acte en question, était empêché d'ordonner des mesures provisionnelles.³³²

En revanche, l'arrêt susmentionné suscite quelques critiques dans la mesure où il établit des conditions uniformes et propres au droit communautaire en ce qui concerne l'octroi du sursis. Dans sa motivation, la Cour se réfère à la nécessité d'une application uniforme du droit communautaire, qui n'est pas réalisée quand des divergences nationales à l'octroi du sursis existent. Une fois posé le conflit entre l'autonomie procédurale des Etats membres et l'homogénéité communautaire, la Cour tranche en faveur de l'application uniforme. En conséquence, elle définit les conditions auxquelles est soumis l'octroi d'une suspension prévisionnelle de l'acte administratif. Les conditions d'octroi uniformes préconisées par la Cour impliquent notamment que:

- la juridiction nationale ait des doutes sérieux sur la validité du règlement communautaire sur lequel est fondé l'acte administratif attaqué,
- le sursis à l'exécution conserve un caractère provisoire,
- les mesures de sursis soient urgentes pour éviter que la partie qui les sollicite subisse un préjudice grave et irréparable (un préjudice purement pécuniaire ne saurait, en principe, être considéré comme irréparable),

329 Nous nous limitons ici à dégager les aspects concernant les règles procédurales, sur le fond, voir Schilling, «Der EuGH, das Eigentum und das deutsche Recht», *EuZW* (1991) 310.

330 CJCE, affaire 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec. 1987, 4199.

331 CJCE, affaire C-213/89, *Factortame*, supra note 106.

332 Gorning, «Remarques sur l'affaire C-143/88 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen c. Hauptzollamt-Itzehoe*», *JZ* (1992) 36, 40.

- la juridiction nationale prenne en compte l'intérêt de la Communauté en n'écartant pas ces règlements sans garanties sérieuses imposées au requérant (versement d'une caution ou la constitution d'un séquestre),
- et que la juridiction saisisse la Cour afin d'obtenir un avis préjudiciel sur la validité de l'acte communautaire concerné.

Le premier grief que l'on peut porter au raisonnement de la Cour concerne l'obligation du juge de saisir la Cour, sans quoi il ne peut décider de l'octroi de mesures provisionnelles. Du moment que la procédure préjudicielle, au sens de l'article 177 du traité CE, devient obligatoire pour tout juge saisi d'une demande tendant à l'octroi de mesures provisionnelles (et donc pas seulement pour celui statuant en dernière instance), cette obligation doit – *a fortiori* – aussi s'appliquer aux juridictions appelées à statuer sur le fond. Un tel devoir qui s'impose aux juridictions nationales autres que celles visées par l'article 177, alinéa 3 du traité CE se justifie mal au regard du deuxième alinéa de cette même disposition.³³³ Selon le libellé de l'article 177, alinéa 2 du traité CE, les juridictions dont les décisions sont encore susceptibles d'un recours peuvent saisir la Cour lorsqu'elles estiment qu'une décision de la Cour est nécessaire.

En ce qui concerne ensuite le rapport conflictuel entre l'autonomie nationale et l'homogénéité, la demande entreprise par la Cour conduit à remplacer les dispositions nationales pertinentes en matière de sursis à l'exécution d'un acte administratif par un ensemble de principes jurisprudentiels communautaires. Or, le partage des tâches traditionnellement admis par la Cour lors de la mise en œuvre du droit communautaire démontre que l'absence de règles communautaires en la matière n'est pas une irrégularité involontaire du système à laquelle peut remédier la jurisprudence, mais qu'il s'agit par contre d'une lacune que seul le législateur communautaire est apte à combler.³³⁴

De plus, ces conditions uniformes inspirées de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 185 du traité CE et propres à l'ordre juridique communautaire peuvent, le cas échéant, se révéler être même plus restrictives que les règles nationales correspondantes. A cet égard, il suffit d'invoquer les notions de «garanties financières suffisantes» ou la notion restreinte de «l'irréparabilité» qui ont été imposées par la Cour.

Le problème de la légitimité de cette évolution jurisprudentielle du droit communautaire posé sous l'angle des compétences juridictionnelles et législatives des organes est donc d'autant plus délicat qu'il est susceptible de réduire les garanties juridictionnelles ancrées dans les différents ordres juridiques internes. La création de règles communautaires relatives à la

333 Schlemmer-Schulte, «Gemeinschaftlicher vorläufiger Rechtsschutz und Vorlagepflicht», *EuZW* (1991) 307, 309.

334 Schlemmer-Schulte, «Vorläufiger Rechtsschutz», 309.

suspension d'actes administratifs comme mesure provisionnelle requiert dès lors l'intervention du législateur. «L'ingérence» jurisprudentielle dans les ordres juridiques nationaux au profit de l'efficacité et l'homogénéité des règles communautaires,³³⁵ préconisée par certains auteurs, doit trouver ses limites lorsqu'il s'agit de la protection des droits individuels. Quant à la possibilité de définir, par voie législative, des règles judiciaires telles que celles relatives à la protection provisionnelle des droits particuliers, la clause générale de l'article 235 du traité CE pourrait servir à fonder la compétence communautaire. Or, l'adoption d'une réglementation communautaire présuppose un consensus politique des Etats membres sous forme d'unanimité des voix au sein du Conseil.

4. Le pouvoir répressif

A travers la jurisprudence susmentionnée, il apparaît que le droit communautaire tend à définir des notions communes du droit judiciaire quand bien même les compétences législatives en la matière subsistent auprès des Etats membres. Il s'agit là d'un phénomène d'ordre général touchant bien d'autres domaines que les seules règles procédurales et administratives. Il suffit de penser aux diverses sanctions de comportements susceptibles d'enfreindre les principes ou intérêts communautaires, qu'ils soient commis par des particuliers ou par les Etats membres eux-mêmes.³³⁶

Un aspect particulier concerne l'influence indirecte du droit communautaire sur le pouvoir de répression des Etats membres. Bien que la Communauté ne dispose pas de compétences législatives en matière de droit pénal³³⁷ et que la législation pénale demeure de la compétence des Etats membres,³³⁸ l'application du droit communautaire par les autorités nationales peut influencer l'interprétation et l'évolution du droit pénal national.

Il est vrai que les exigences posées par le droit communautaire primaire ou dérivé rendent parfois nécessaire une interprétation modifiée des règles nationales existantes, voire même leur non-application. Tel est le cas lorsque le droit pénal d'un Etat membre se heurte à l'effet utile du droit communautaire en étant, par exemple, contraire aux libertés fondamentales consacrées par les traités. Ici, l'effet direct et la primauté du droit communautaire obligent le juge national à «laisser inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale existante».³³⁹ Le droit pénal d'un Etat membre qui

335 Simon, «Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?», in *Mélanges Boulouis, L'Europe et le droit*, 481, 488.

336 Voir Hagenau, «Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire», *RMC* (1993) 351.

337 Thomas, «Die Anwendung europäischer materieller Rechts im Strafverfahren», *NJW* (1991) 2233, 2234.

338 CJCE, affaire 203/80, *Procédure pénale c. Guerrino Casati*, Rec. 1981, 2595.

339 CJCE, affaire 106/77, *Simmenthal II*, *supra* note 111, 629, considérant 24.

prévoit une sanction disproportionnée à la gravité de l'infraction constituée une entrave à l'exercice des libertés fondamentales.³⁴⁰ Ce genre de répercussions du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres n'est qu'un exemple des domaines juridiques³⁴¹ touchés par les effets de la primauté et de l'applicabilité directe. Dans ce contexte, le recours aux obligations découlant de l'article 5 du traité CE n'est pas nécessaire.

Tel n'est pas le cas dans la situation inverse, à savoir quant il s'agit de la protection des intérêts communautaires par le biais du pouvoir répressif national. L'évolution jurisprudentielle tend en effet à imposer aux législateurs nationaux un cadre à l'établissement de sanctions pénales. L'obligation des Etats membres qui consiste à définir des règles pénales pour protéger au mieux les intérêts communautaires se fonde depuis peu sur l'article 5 du traité CE. Selon une jurisprudence plus ancienne, l'article 5 du traité CE laissait encore aux Etats membres le choix des mesures appropriées. En l'absence d'une réglementation communautaire prévoyant des sanctions en cas de non observation par des particuliers de la réglementation en question, les Etats membres étaient alors compétents pour choisir les sanctions qui leur semblaient les plus adéquates.³⁴² Le pouvoir d'appréciation des législateurs nationaux a sensiblement diminué depuis l'arrêt 68/88 ayant comme objet une action en manquement introduite par la Commission à l'encontre de la Grèce. En l'espèce, la Commission a notamment reproché à la Grèce d'avoir manqué aux obligations découlant de l'article 5 du traité CE en négligeant d'engager toutes procédures pénales ou disciplinaires prévues par la législation nationale dans le but de réprimer la violation de certains intérêts financiers de la Communauté.³⁴³

En résumé, la Cour impose aux Etats membres non seulement de prendre toutes mesures propres à garantir l'efficacité du droit communautaire mais encore, tout en conservant le choix des sanctions, de veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées de façon effective, proportionnée et dissuasive. C'est donc sur la base de l'article 5 du traité CE que la Cour émet les critères liant le législateur national lorsqu'il définit les modalités du pouvoir répressif national.³⁴⁴

Comme la Cour définit de tels critères matériels, l'arrêt susmentionné va au-delà d'une simple répétition du principe de non-discrimination que les considérants évoquent certes également.³⁴⁵ Il tend dès lors à établir des

340 CJCE, affaire 203/80, *Procédure pénale c. Guerrino Casati*, *supra* note 338; CJCE, affaire 118/75, *Watson et al. c. Italie*, Rec. 1976, 1185.

341 Barav, «L'incidence du droit communautaire sur le pouvoir répressif national», in G. Lüke et al., *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration* (1983) 9, 11.

342 CJCE, affaire 50/76, *Amsterdam Bulb c. Produktschap*, Rec. 1977, 137.

343 CJCE, affaire 68/88, *Commission c. Grèce*, Rec. 1989, 2965.

344 Tiedemann, «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht», *NJW* (1993) 23, 25.

345 CJCE, affaire 68/88, *Commission c. Grèce*, *supra* note 343; avis contraire apparemment, Teske, *Die Sanktion*, 276.

prérogatives législatives pour un domaine qui demeure réservé, à l'heure actuelle, aux Etats membres.

Parallèlement à l'atteinte toujours plus grande subie par les Etats membres au niveau de leur autonomie judiciaire, le droit pénal se trouve touché de la même manière par répercussion indirecte du principe de coopération sur l'ordre juridique interne. Indépendamment de la question de savoir si la mise en œuvre homogène et efficace du droit communautaire et notamment la protection des intérêts financiers de la Communauté exigent, à la longue, la création de règles pénales communes,³⁴⁶ une telle approche doit se fonder sur le processus décisionnel législatif et non pas émaner de la jurisprudence.

En ce qui concerne l'évolution des règles régissant la protection des intérêts financiers de la Communauté, il convient d'évoquer l'article 209A du traité CE. Aux termes de cette nouvelle disposition «les Etats membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers». En ceci le traité sur l'Union reprend une partie des principes juridictionnels établis par la Cour à l'occasion de l'affaire 68/88;³⁴⁷ mais il ne crée pas de compétences communautaires expresses en la matière.

D. Conclusion

Le devoir de coopération des Etats membres va au-delà d'une mise en œuvre fidèle des mesures prises par la Communauté sur la base de ses compétences d'attribution. Alors que, selon ce système de partage, de multiples domaines restent soumis à la souveraineté nationale, le devoir de coopération des Etats membres vient réduire considérablement l'autonomie qui leur est en principe laissée. Par conséquent, la coopération comme un élément d'intégration n'est pas seulement un corollaire logique à l'autonomie nationale, mais tend à réduire un facteur qui constitue sa propre raison d'être, à savoir celle de la coopération.

Aussi longtemps que les Etats membres gardent la compétence législative dans les domaines procéduraux et administratifs, l'effet du droit communautaire ne sera pas le même dans toute la Communauté. Pour assurer l'homogénéité, le législateur communautaire devrait donc harmoniser les domaines juridiques concernés en se basant, soit sur des délégations de compétences existantes, soit sur des compétences supplémentaires obtenues par modification du droit primaire. L'autonomie des Etats membres peut constituer, de ce fait, un obstacle à l'homogénéité. Toutefois, y remédier par une réduction de

346 Répondant par la positive Tiedemann, «Commentaire à l'égard de l'affaire 68/88 *Commission c. Grèce*», *EuZW* (1990) 99, 100.

347 CJCE, affaire 68/88, *Commission c. Grèce*, *supra* note 343.

l'autonomie ne diminuerait pas la nécessité d'une coopération aux termes de l'article 5 du traité CE.

En outre, la coopération traduit un comportement permanent et réciproque. Ainsi, la Communauté doit chercher à contribuer au bon fonctionnement des Etats membres et doit coopérer activement avec les Etats. Le contenu du devoir de coopération correspond à la notion, déjà connue en droit international public, de *pactum de contrahendo*.

VI. Décentralisation

A. Introduction

Selon l'article A du traité sur l'Union européenne, ce traité «marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens».

L'incorporation du concept d'une prise de décision proche du citoyen peut, dans un certain sens, se révéler surprenante, mais en réalité, dans le contexte des modifications apportées aux traités instituant les Communautés européennes, elle s'intègre de façon cohérente. En effet, le traité sur l'Union délègue davantage de compétences au niveau supranational dans des domaines qui relèvent traditionnellement de la souveraineté nationale ou de l'autonomie de certaines subdivisions des Etats membres. Il s'agit, par exemple, de l'instauration d'une politique monétaire commune ou du développement d'une action communautaire en matière d'éducation et de culture³⁴⁸ ou encore de la coopération étroite dans les domaines de la politique étrangère et de sécurité ainsi que de la justice et des affaires étrangères.³⁴⁹ Tous ces domaines étant jusqu'alors de la compétence des Etats membres, cette nouvelle distribution contribue à l'instauration d'une union régissant pratiquement toutes les questions politiques.

Le traité sur l'Union revêt, à première vue, une tendance centralisatrice qui, contrairement à ce qu'exprime l'article A, risque d'éloigner les citoyens du processus décisionnel. Pour pallier ce risque, deux concepts nouveaux ont été introduits dans le traité: la notion de subsidiarité et l'idée d'une représentation des régions au sein des organes décisionnels communautaires. Ces mécanismes se retrouvent dans plusieurs dispositions du traité. D'une part, l'article B prévoit que «les objectifs de l'Union sont atteints conformément aux dispositions du présent traité, dans les conditions et selon les rythmes qui

348 Voir les articles 126 et 128 du traité CE.

349 Voir les articles J et K du TUE.

y sont prévus, dans le respect du principe de subsidiarité», principe précisé par l'article 3B du traité CE, ici mentionné:

Article 3B

1. La communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.
2. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.
3. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité.

D'autre part, d'après le nouvel article 4, alinéa 2 du traité CE, le Conseil et la Commission sont assistés, en plus du Comité économique et social, d'un Comité des régions. Ce sont les articles 198A à 198C qui «instituent un comité à caractère consultatif composé de représentants des collectivités régionales et locales». Le Comité des régions remplira en effet une fonction essentiellement consultative à l'occasion des décisions législatives prises par les organes communautaires. Il disposera entre autres d'une structure décisionnelle commune avec le Comité économique et social.³⁵⁰

Alors que le principe de subsidiarité tend à préserver le pouvoir décisionnel à l'échelon où la compétence peut être le plus efficacement exercée, la représentation des régions auprès des organes décisionnels communautaires implique une participation des entités de représentation locales à l'exercice du pouvoir central. Du moment que, sous l'angle de la subsidiarité, l'échelon le plus bas est considéré comme mieux habilité à prendre des décisions que la représentation supranationale, la représentation des régions au niveau communautaire d'une part, et le principe de subsidiarité d'autre part, apparaissent comme deux conceptions antagonistes. Pourtant, la subsidiarité et le rôle des régions sont, du moins politiquement, liés l'un à l'autre.

La tendance marquée à requérir l'introduction du principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire n'est pas sans relation avec les débats portant sur les régions. En effet, ces dernières requièrent le renforcement de leur rôle dans le cadre de la politique d'intégration des Etats.³⁵¹ Au moment de la ratification des modifications apportées au traité CE par l'Acte unique européen en 1986, par exemple, les *Länder* allemands ont manifesté leur désaccord face à une Europe de plus en plus centralisatrice. Le principe de

350 Protocole sur le Comité économique et social et sur le Comité des régions.

351 Heintzen, «Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft», *JZ* (1991) 320.

subsidiarité apparaît alors comme destiné à sauvegarder les droits de certaines collectivités régionales.³⁵²

Si ces deux concepts ont su à eux seuls fonder des espoirs, ni le principe de subsidiarité ni le rôle des régions tel qu'il s'articule autour des articles 198A à 198C du traité CE ne relèvent le défi posé par l'article A, à savoir celui d'assurer la proximité entre les pouvoirs décisionnels communautaires et les citoyens dans le cadre du processus d'intégration européenne. Ces deux innovations ont avant tout un rôle de politique symbolique favorisant auprès des citoyens l'idée d'une union sans cesse plus étroite. Sur le plan juridique, en effet, la subsidiarité et le Comité des régions s'avèrent soit secondaires au regard du système institutionnel communautaire existant, en particulier des dispositions relatives au partage des compétences entre la Communauté et les Etats, soit inopératoires vu la fonction et la portée qui leur ont été attribuées.

B. La subsidiarité

L'introduction du principe de subsidiarité dans le traité sur l'Union européenne ne représente pas, en réalité, une nouveauté dans l'ordre juridique communautaire. Prévue initialement dans un projet du Parlement européen de 1984 visant à la création d'une Union européenne, l'idée de la subsidiarité a été reprise par l'Acte unique européen introduisant l'article 130R au traité CE. Cette disposition relative à la politique communautaire en matière d'environnement³⁵³ comporte le principe de subsidiarité en ce sens que selon l'article 130R, alinéa 4 «la Communauté agit en matière d'environnement dans la mesure où les objectifs visés ... peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau des Etats membres pris isolément»... Le traité sur l'Union européenne inscrit ce principe d'une manière expresse et générale dans l'ordre juridique communautaire.

Depuis lors, la subsidiarité a été l'objet de divers commentaires et analyses.³⁵⁴ Alors que les uns y voient un avantage pour une meilleure

352 Constantinesco, «Subsidiarität, Magisches Wort oder Handlungsprinzip der europäischen Union?», *EuZW* (1991) 561, 562.

353 Voir au sujet du principe de subsidiarité en matière d'environnement Brinkhorst, «Subsidiarity and European Environmental Policy», in J. Delors (éd.), *Subsidiarity: The Challenge of Change* (1991) 89.

354 Voir seulement Kapteyn, «Community Law and the Principle of Subsidiarity», *RAE* (1991) 35ss; Heintzen, *supra* note 351, 317; Pipkorn, «Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union – rechtliche Bedeutung und gerichtliche Kontrolle», *EuZW* (1992) 697; Constantinesco, «Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne», in *Mélanges Boulouis*, 35; le même, «Who's Afraid of Subsidiarity», *YEL* (1991) 33; Voyame, «Le principe de subsidiarité dans la répartition des tâches entre Confédération et cantons», in G. Müller *et al.*, *Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel* (1982) 121; C. Stewing, *Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union* (1992).

coexistence de l'ordre juridique communautaire et des constitutions nationales,³⁵⁵ d'autres craignent au contraire que l'ancrage du principe de subsidiarité dans le traité sur l'Union européenne puisse servir d'appui aux institutions communautaires pour renforcer leurs compétences.³⁵⁶

Le fait qu'aussi bien les tendances centralisatrices que celles préconisant la sauvegarde de l'autonomie nationale puissent se prévaloir du principe de subsidiarité, démontre l'ambivalence que peut contenir cette notion. Le problème principal réside dans la question de savoir qui va décider, et selon quels critères, si les objectifs communautaires «ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres» ou «mieux» au niveau communautaire? Ni les lignes directrices élaborées par le Conseil européen d'Edimbourg les 11 et 12 décembre 1992 au sujet de l'application de l'article 3B du traité CE,³⁵⁷ ni la Communication de la Commission adressée au Conseil et au Parlement européen ayant pour but de contribuer à la définition du principe de subsidiarité,³⁵⁸ ne contiennent des éléments qui seraient de nature à définir le partage des tâches.

Le silence que révèlent les documents susmentionnés n'est pas surprenant au vu de la diversité des domaines soumis à la compétence concurrente. Une solution schématique résolvant d'un même coup toutes les questions s'avérerait d'ailleurs irréalisable. En effet, la nécessité d'une action communautaire en matière d'environnement n'obéit pas aux mêmes considérations que celles qui entrent en ligne de compte dans le domaine de l'éducation ou de la santé publique.³⁵⁹ Alors que pour certaines questions la prise de décision au niveau national ou régional peut compromettre la poursuite efficace des objectifs d'une politique commune, la mise en place d'une réglementation communautaire peut aussi, pour d'autres aspects, ne pas correspondre à l'objectif visé. La présomption selon laquelle l'un ou l'autre des échelons est prioritairement appelé à décider ne doit donc pas constituer un principe de partage des compétences. Il s'agit par contre de déterminer dans chaque cas par quel moyen un but politique peut être atteint de façon efficace.

De manière générale, l'examen de l'utilité d'une réglementation et de l'efficacité des éventuels différents niveaux législatifs appartient à l'organe décisionnel lui-même, que ce soit dans le cadre national ou communautaire. Ainsi, l'appréciation de l'opportunité d'une action communautaire appartient au Conseil appelé à agir en fonction des buts et finalités indiqués par les traités.³⁶⁰

355 Ehlermann, «Zur Diskussion um einen *Solange III* - Beschluß», *EuR* (1991) 27, 35, 38.

356 Voir sur l'ambivalence du principe de subsidiarité, Heintzen, *supra* note 351, 318.

357 *Agence Europe* du 13/14 décembre 1992.

358 *Agence Europe* du 30 octobre 1992.

359 Voir le nouvel article 129 du traité CE.

360 CJCE, affaire 13/83, *Parlement c. Conseil*, Rec. 1985, 1513.

Afin de délimiter les pouvoirs d'appréciation de l'organe législatif, la Communauté dispose, tout comme les Etats membres, d'un ensemble de mécanismes bien plus élaboré qu'un simple renvoi au prétendu rôle subsidiaire d'une réglementation communautaire. Du moment que le principe de subsidiarité prétend pouvoir contribuer au contrôle du pouvoir étatique ou supra-étatique, sa valeur juridique doit s'apprécier au regard du système institutionnel régissant l'exercice de ce pouvoir. Face à la pluralité des instruments qui caractérisent ainsi un ensemble étatique démocratique, le principe de subsidiarité apparaît dès lors comme une notion stérile et imprécise.

Si l'autodétermination des plus petites entités d'une société, avec à l'extrême l'individu en tant que tel, ne saurait être assurée par la subsidiarité, il revient donc aux collectivités modernes ayant développé des systèmes démocratiques adéquats de gérer la délégation et le partage des compétences ainsi que le contrôle de leur exercice. La participation de l'individu à l'exercice du pouvoir étatique, que ce soit à travers une représentation démocratiquement élue ou par le biais d'éléments de démocratie populaire, lui assure, dans une certaine mesure, la possibilité de poursuivre ses intérêts.

En revanche, lorsque dans un système institutionnel plusieurs niveaux décisionnels se superposent, l'attribution d'une compétence au niveau le plus bas n'assure pas forcément la participation à l'élaboration des règles qu'une représentation à l'échelon supérieur aurait pu conférer. Ainsi, par exemple, le travailleur non soumis à une convention collective (*outsider*) serait démocratiquement représenté lors de l'élaboration de règles législatives équivalentes alors que l'application des dispositions de la convention à certains aspects de ses conditions de travail ne saurait être comparée à un acte d'autodétermination du travailleur concerné lors de la mise en place des règles conventionnelles. Sous l'angle de la représentation démocratique le principe de subsidiarité n'est donc pas le moyen adéquat pour renforcer l'autodétermination des membres de la société.

Dans la même optique, le partage des tâches entre la Communauté et les Etats membres, défini au cours de l'évolution du système institutionnel, dénote, par l'établissement d'une multitude de règles déterminant les rapports entre compétences nationales et compétences communautaires, la difficulté supplémentaire que représente ce cadre pour les structures étatiques regroupant plusieurs échelons de représentation.

Il faut rappeler que la règle fondamentale régissant le partage des tâches réside dans le principe des compétences d'attribution à l'égard du législateur communautaire: chaque mesure doit se fonder sur une délégation de compétence accordée par les Etats membres lors de la mise en place des traités ou lors d'une de leurs modifications.

Les fondements de compétence peuvent avoir des contenus divers. Alors que certains articles prévoient une activité du législateur communautaire

dans des domaines bien déterminés, comme la sécurité sociale (article 51 du traité CE), la reconnaissance des diplômes (article 57) ou encore le droit des sociétés (article 54, alinéa 3, lettre g), d'autres contiennent des clauses plus ou moins générales permettant à la Communauté d'entreprendre une harmonisation des législations nationales dans la perspective du marché intérieur (article 100A) ou d'agir simplement quand la réalisation d'un des buts fixés par le traité l'exige (article 235).

Mise à part la distinction faite entre compétences spécifiques et compétences générales, les tâches attribuées à la Communauté peuvent être classées selon qu'il s'agisse de compétences exclusives ou concurrentes. A l'heure actuelle, il n'y a que très peu de domaines consacrés à la seule autorité communautaire, à l'exception notamment des deux domaines de l'agriculture et des relations économiques extérieures (articles 43 et 113).

A l'opposé, le principe de subsidiarité tel qu'il est défini à l'article 3B du traité CE ne constitue pas une délégation de compétences. En effet, au regard du paragraphe 2 de l'article 3B, la subsidiarité concerne l'exercice du pouvoir communautaire dans des domaines qui ne relèvent pas des compétences exclusives de la Communauté. Or, bien que dans le domaine des compétences concurrentes, il soit justement nécessaire de décider s'il convient de régler un problème par le biais d'une mesure législative communautaire ou nationale, il n'est pas exclu pour autant qu'un tel examen ait lieu pour des questions relevant de la compétence exclusive de la Communauté.

Le fait que la Communauté agisse dans un domaine tombant sous le coup d'une compétence d'attribution, que ce soit une compétence concurrente ou une compétence exclusive, ne signifie pas dès lors que son pouvoir d'action est illimité. Aussi bien le volume des réglementations que leur contenu matériel sont répartis entre les Etats et les organes communautaires d'une manière telle que l'on se trouve devant un système complexe d'interdépendance réciproque.

D'une part, le choix du législateur communautaire entre les différents instruments juridiques (directive ou règlement par exemple) lui permet de déterminer l'intensité d'une réglementation supranationale. Dans certains domaines, pourtant, les traités limitent ce choix. Ainsi, l'harmonisation du droit national entreprise dans le cadre de l'établissement du marché intérieur doit être poursuivie, selon l'article 100 du traité CE, au moyen de directives. D'autres délégations de compétences permettent d'établir une réglementation communautaire par le seul biais de prescriptions minimales.³⁶¹ Le recours à l'exercice des compétences législatives nationales dans le cadre de la transposition des directives n'est qu'un exemple parmi d'autres de la répartition des rôles entre la Communauté et les Etats membres lors de la mise en œuvre du droit communautaire.

361 Voir l'article 118A du traité CE.

D'autre part, le contenu des règles élaborées par les organes communautaires sur la base des compétences d'attribution doit respecter le cadre défini par les objectifs visés par les traités.³⁶² La compétence du législateur supranational s'en voit donc d'autant limitée. L'examen de la nécessité d'une action commune en fonction des objectifs de la Communauté s'impose surtout lorsqu'il s'agit de fonder une mesure législative sur la compétence générale de l'article 235 du traité CE.³⁶³ Bien que le pouvoir d'appréciation appartenant aux organes dans ce contexte exclut l'exercice d'un contrôle juridictionnel complet, la relation entre les buts de l'intégration et l'exercice des compétences constitue un moyen d'éviter les attributions indues de compétences.³⁶⁴

Face à ce partage des compétences qui résulte d'un système d'attribution adaptable aux différents besoins du processus d'intégration et des domaines politiques concernés, le principe de subsidiarité apparaît comme un instrument primitif de délimitation des pouvoirs.

Une autre facette du contrôle portant sur l'exercice des pouvoirs étatiques émane de la protection des droits fondamentaux qui fait partie intégrante des ordres constitutionnels nationaux et communautaires. Le respect des droits fondamentaux qu'impose la jurisprudence aux organes communautaires³⁶⁵ s'inspire notamment des traditions constitutionnelles des Etats membres. Il s'agit dès lors d'un moyen déjà élaboré et nuancé permettant d'encadrer le pouvoir décisionnel du législateur communautaire.

En revanche, le seul recours au principe de subsidiarité ne saurait suffisamment tenir compte des objectifs de protection des divers droits fondamentaux. En effet, ces derniers visent à encadrer les droits individuels par l'ensemble des valeurs juridiques d'une société et poussent naturellement à établir dans chaque cas donné un contrôle de la proportionnalité.

L'alinéa 3 de l'article 3B du traité CE introduit certes l'idée de la proportionnalité dans la mesure où elle stipule l'obligation de la Communauté de ne pas excéder «ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs» du traité. Mais d'un autre côté, cette adjonction au principe de la subsidiarité établit justement le fait qu'il y a lacune dans le système de contrôle des pouvoirs.

Enfin, les mécanismes de prise de décision contiennent eux aussi un certain nombre d'éléments qui ont pour but d'éviter un exercice incontrôlé des compétences communautaires. Tout d'abord, il s'agit de la nécessité d'arriver à un consensus décisionnel au sein du Conseil, que ce soit sous la

362 G. Isaac, *Droit communautaire général*, 34.

363 Ibid., 36, 37; voir sur l'application de l'article 235 du traité CE dans la pratique communautaire, Tizzano, «L'article 235 CEE et le développement des compétences communautaires», in G. Lüke *et al.*, *Mélanges Constantinesco*, 781.

364 Zuleeg in H. Groeben *et al.*, article 2/2; CJCE, affaire 1/69, *Italie c. Commission*, Rec. 1969, 277.

365 CJCE, affaire 29/69, *Stauder*, *supra* note 22; CJCE, affaire 4/73 *Nold*, *supra* note 22.

forme d'une majorité simple ou qualifiée voire même de l'unanimité des membres. Cette recherche de cohésion constitue un bien meilleur frein à l'absorption de certaines tâches par la Communauté que ne l'est la subsidiarité.

Ensuite, la répartition des rôles au cours de l'évolution du droit communautaire entre le Conseil, la Commission, le Parlement et la Cour de justice a contribué à instaurer un système de contrôle interinstitutionnel permettant de surveiller la légitimité de l'exercice du pouvoir étatique. Cet ensemble de *checks and balances* rend du même coup non seulement superflu le principe de subsidiarité, mais pourrait aussi compromettre l'efficacité de ce principe. Si l'on suppose que le législateur communautaire, en vertu du principe de subsidiarité, adopte une directive en lieu et place d'un règlement pour une question déterminée et que, à la suite de la non-transposition de la directive, la Cour de justice la déclare comme produisant un effet direct³⁶⁶ ou invite les juridictions nationales à interpréter le droit national à la lumière de cette dernière,³⁶⁷ la subsidiarité n'aura servi en fait qu'à réduire la sécurité du droit.

Une rapide vue d'ensemble des facettes du système institutionnel communautaire amène à constater que la Communauté dispose aujourd'hui d'une multitude de mécanismes différenciés répartissant les compétences entre les divers échelons en cause. Le principe de subsidiarité ne permet dès lors ni un contrôle adéquat ni la gestion de tous les intérêts en cause. Il contient tout au plus une fonction politique en ce sens qu'il symbolise la volonté du pouvoir décisionnel de tenir compte des intérêts de l'individu et de prendre les décisions «le plus près possible des citoyens» comme l'exprime l'article A du traité sur l'Union européenne. Dans ce contexte politique, la subsidiarité pourra servir à une meilleure acceptation des futures étapes de l'intégration.

C. Le rôle des régions

Au regard de la forme dans laquelle la subsidiarité a été introduite dans les traités, que ce soit par l'article 130R de l'Acte unique ou par l'article 3B du traité CE, il n'est nullement fait allusion aux rapports existant entre les collectivités régionales, les Etats membres et la Communauté. La subsidiarité, au sens communautaire, se borne à définir les relations entre les Etats nationaux – fédéralistes ou unitaristes – et la Communauté, tout en laissant la question du rôle des régions à l'organisation interne de chaque Etat. Cette observation correspond à la structure même de la Communauté et reste conforme à la conception traditionnelle de l'ordre juridique communautaire.

366 CJCE, affaire 148/78, *Ratti*, supra note 125.

367 CJCE, affaire 14/83, *von Colson*, supra note 291.

Jusqu'à l'adoption du traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes ne tenaient pas compte des structures internes des Etats membres, bien que la mise en œuvre du droit communautaire au sein de ces derniers diffère selon qu'il s'agit d'un Etat unitaire disposant d'un pouvoir central et déléguant certaines compétences d'exécution à des sections subordonnées dépendantes ou qu'il s'agit d'un Etat à caractère fédéraliste, composé d'un certain nombre de collectivités régionales autonomes.

L'indifférence des traités à l'égard de ces spécificités internes se manifeste en premier lieu par le fait que seuls les Etats membres sont considérés comme étant les porteurs des droits et obligations découlant des engagements communautaires. Lorsque, selon la répartition interne des pouvoirs, les subdivisions autonomes d'un Etat membre sont appelées à mettre en œuvre un objectif fixé par le droit communautaire, seul l'Etat membre en tant que pouvoir central est responsable à l'égard de la Communauté d'un éventuel manquement de ses entités fédérées. Ainsi par exemple, le recours en manquement prévu par l'article 169 du traité CE se dirige contre l'Etat membre lui-même. Ce dernier ne saurait invoquer la structure fédéraliste de son ordre juridique interne pour justifier le non-respect d'une obligation découlant du droit communautaire.³⁶⁸

Or, la délégation législative des Etats membres à la Communauté peut avoir des impacts non seulement sur les domaines relevant de la compétence de l'Etat central mais aussi sur les tâches revenant à des entités fédérées qui en font partie. En dépit du silence des traités à l'égard des régions, le mécanisme de délégation de pouvoirs peut donc les toucher directement. En effet, dans le système constitutionnel allemand par exemple, ce sont les *Länder* qui doivent, en vertu de leurs compétences internes, assurer, pour une grande partie, l'exécution du droit communautaire.

L'Etat fédéral central peut donc, en vertu de sa constitution, être empêché de transférer des compétences à la Communauté du seul fait qu'elles mettent en cause la structure fédérale, bien qu'en dessous de ce seuil des transferts restent possibles. L'évolution de la Communauté a mis en évidence les problèmes d'ordre interne pour lesquels des solutions n'ont pas été toujours trouvées.

Quant au processus législatif communautaire, défini par les traités, il ne permet pas aux régions d'empêcher ou d'atténuer les éventuelles pertes de pouvoirs.³⁶⁹ Le droit communautaire d'avant Maastricht ne prévoit pas de possibilités pour les régions d'influencer directement les décisions prises par les organes communautaires puisque que le Conseil même regroupe les représentants des Etats membres en tant que pouvoirs centraux.

368 Voir CJCE, affaire 68/81, *supra* note 266.

369 CJCE, affaires jointes 62 et 72/87, *Exécutif régional wallon c. Commission*, Rec. 1988, 1573.

En dépit du silence des traités, les régions de certains Etats membres se sont donc spontanément engagées à revendiquer leur place dans l'intégration. Elles expriment par cette quête la volonté de se placer au même niveau que les pouvoirs centraux nationaux et communautaires. Il faut toutefois préciser que le rôle des régions en droit communautaire a dépendu jusqu'ici des règles de fonctionnement interne aux Etats membres.

Par voie inofficielle, certaines collectivités régionales ont ouvert, de leur propre initiative, «des bureaux de contact» à Bruxelles. Ces représentations ne sont nullement basées sur des dispositions de droit communautaire mais relèvent de la seule décision des subdivisions d'Etats membres. Elles ont, en général, pour but de faciliter le flux d'informations entre les organes de la Communauté et les entités fédérées, évitant ainsi que ces dernières soient contraintes de passer par le biais du pouvoir central de l'Etat membre.

La Commission, suite à une initiative du Parlement européen, a créé en 1988, au niveau communautaire, une première structure d'accueil pour les collectivités régionales et locales. Par la décision 88/487/CEE³⁷⁰ fut créé le Conseil consultatif des collectivités régionales et locales de la Communauté. Il ressort de son préambule que ce comité fut institué en vue d'associer les collectivités à l'élaboration de la politique régionale de la Communauté. Il est prévu une consultation de ces dernières «dans le cadre d'un organisme ouvert à tous les niveaux de collectivités territoriales existant dans les Etats membres». Les attributions purement consultatives se réfèrent «à toute question relative au développement régional et plus particulièrement à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique régionale de la Communauté, celle-ci comprenant les implications régionales et locales des autres politiques de la Communauté». Le Conseil consultatif comprend «quarante-deux membres ayant un mandat électif, au niveau régional ou local nommés à titre personnel. Ces derniers sont nommés par la Commission, sur proposition conjointe de l'Assemblée des régions d'Europe, de l'Union internationale des villes et pouvoirs locaux et du Conseil des communes et régions d'Europe pour une période de trois ans».

La création de ce Conseil reflète un besoin ressenti par l'ensemble des institutions politiques de la Communauté. Il n'est dès lors pas surprenant de constater que, sur le point de réserver une place constitutionnelle à un tel organisme, les propositions précédant la conclusion du traité sur l'Union européenne concordent entre elles sur cet aspect.

Les modifications apportées au système institutionnel communautaire par les dispositions concernant la représentation des régions au sein de l'Union apparaissent, à première vue, comme le résultat d'un changement conceptuel évolutif. Il faut toutefois préciser que la faculté qu'ont les régions de

370 Décision 88/487, JOCE L 247/88, 23.

manifester leur volonté à l'égard du maintien de certaines tâches au niveau local est limitée.

Selon l'article 198A du traité CE, le Comité des régions est composé de représentants des collectivités régionales et locales. Ces représentants sont nommés, sur proposition de leur Etat membre, pour quatre ans par le Conseil statuant à l'unanimité. Leur mandat est renouvelable. Le rôle de l'Etat central dans la procédure de nomination apparaît nécessaire, bien que des conflits sur le mode approprié de sélection interne soient probables.

Le Comité des régions est défini par les articles 4 et 198A à 198C comme un organe exerçant des fonctions consultatives. L'article 198A décrit le mode de consultation et les conséquences juridiques des avis donnés lors des procédures de consultation. En réalité, ces compétences sont loin d'être étendues.

Dans les grandes lignes, il existe quatre formes de consultation. L'alinéa premier distingue les consultations obligatoires prévues par le traité des consultations facultatives, c'est-à-dire celles qui auront lieu dans tous les cas où le Conseil ou la Commission le jugent opportun. L'alinéa 3 prévoit une consultation dans le cadre des consultations du Comité économique et social (CES); dans ce cas le Comité des régions peut, lorsqu'il estime que des intérêts régionaux spécifiques sont en jeu, émettre un avis à ce sujet. Enfin, selon l'alinéa 4, il peut émettre un avis de sa propre initiative dans les cas où il le juge utile. Dans la plupart des cas, la consultation reste soumise à l'appréciation discrétionnaire du Conseil ou de la Commission. Une consultation obligatoire est prévue aux articles 126, 128, 129, 129D, 130B du traité CE.

Sous l'angle de la légitimité démocratique, l'attribution de plus de compétences consultatives obligatoires au CES qu'au Comité des régions est surprenante. En effet, alors que les représentants des collectivités locales délégués au Comité des régions bénéficient d'une légitimation basée sur le vote de tous les citoyens jouissant des droits civils d'une certaine région, le CES est uniquement composé des représentants des différentes catégories de la vie économique et sociale.³⁷¹ Beaucoup d'individus échappent donc à la faculté d'être représentés dans le CES. Au regard de cette lacune démocratique, il serait souhaitable, à l'avenir, que les compétences du Comité des régions soient accrues, ou du moins qu'elles soient rendues équivalentes à celles du CES.

Selon l'article 198B, le Comité des régions dispose d'une compétence d'organisation interne. Il est habilité à établir son règlement intérieur. Le traité donne pourtant un certain cadre à l'organisation interne du Comité des régions ainsi qu'au déroulement des procédures internes. D'après l'article 198B, alinéa 1, le Comité des régions dispose d'un président et d'un bureau.

371 Cf. art. 193-195 traité CE.

Le président est désigné par le Comité parmi ses membres et le bureau dispose d'une période d'activité de deux ans après sa désignation par le Comité. Enfin, l'alinéa 3 de l'article 198B prévoit que le Comité est convoqué par son président à la demande du Conseil ou de la Commission. Le règlement intérieur est lui-même soumis à l'approbation du Conseil statuant à l'unanimité de sorte que le Conseil conserve le dernier mot. D'ailleurs, une disposition semblable (ancien article 186) prévue pour le règlement intérieur du Comité économique et social a été supprimée. Pourquoi l'avoir alors maintenue pour le Comité des régions? Une réponse peut se dessiner dans la mesure où l'objectif est de limiter l'imprévisibilité de l'activité future de ce nouvel organisme.

Néanmoins, on ne saurait nier certains avantages des modifications opérées. Durant les années précédant l'adoption du traité sur l'Union européenne, différentes collectivités locales ont pris l'initiative d'installer des antennes plus ou moins officieuses auprès des institutions communautaires. Ceci a engendré le risque que toutes les régions ne disposent pas des mêmes facultés de s'informer et de se faire entendre par la Communauté. Par contre, dans le cadre du Comité des régions, toutes les collectivités locales représentées sont soumises, du moins en ce qui concerne l'influence exercée au niveau communautaire, à une seule et même procédure de consultation. Si jusqu'à présent, les représentants des pouvoirs locaux étaient dépendants de contacts personnels et devaient passer par des canaux parallèles, ils disposent dorénavant d'un forum officiellement reconnu, ce qui facilitera leur travail. De plus, le Comité des régions permet aux différentes subdivisions locales d'échanger des points de vue et de défendre en commun des intérêts qu'ils auront défini au sein du forum.

Dans l'ensemble, l'activité principale du Comité des régions, vu son caractère consultatif, sera de promouvoir les intérêts des régions et de démontrer les limites de la centralisation des pouvoirs au niveau supranational. Le Comité des régions pourra devenir le forum des intérêts des collectivités régionales dans le but de défendre le maintien de certaines tâches au niveau des petites entités nationales.

D. Conclusion

L'ordre juridique communautaire dispose d'un ensemble de mécanismes complexes permettant de répartir les tâches en fonction des prérogatives politiques. Celles-ci sont définies au sein des forums décisionnels qui forment l'ensemble de la structure de l'Union et sont canalisées par le cadre institutionnel existant. Notion vague et juridiquement superflue, la subsidiarité ne saurait donc remédier aux éventuelles failles. Elle constitue tout au plus une maxime politique que les différentes entités représentatives

dorénavant complétées par le Comité des régions, pourront invoquer à leur guise.

VII. Equilibre institutionnel

A. Introduction

Si la Cour de justice a pu utiliser dans certains de ses arrêts le terme d'«équilibre institutionnel»,³⁷² celui-ci ne fait certes pas partie des principes juridiques qui fondent les traités. Les institutions se sont pourtant servi de cette notion, mais dans un sens contradictoire. Le Parlement a ainsi cherché, sur la base d'un prétendu «équilibre institutionnel» à être inséré parmi les institutions qui peuvent introduire des recours devant la Cour de justice en vertu de l'article 173 du traité CE. Du même coup, le Parlement a dû accepter, non sans avoir hésité, un contrôle juridictionnel sur certains de ses actes.³⁷³

Or, le concept «d'équilibre» entre les institutions est inadapté dans la mesure où les rapports entre les institutions sont complexes et ne peuvent pas être traduits par des notions aussi simples. Les relations entre les institutions, même en droit positif, échappent à une telle qualification. En effet, les rapports entre les institutions, dans le cadre des traités, sont définis d'une manière originale. De ce fait, cette notion renvoie soit au texte du traité – étant alors dans ce cas superflue – soit s'inspire d'une vision politique, d'une *lege ferenda* qui, dans l'état actuel du droit, ne peut fournir de réponses juridiques aux problèmes qui se posent. En tout état de cause, il semble que cette notion n'ait aucune valeur juridique propre.

Toutefois, nous examinons ici le cas le plus spectaculaire de l'application de cette notion par la Cour pour démontrer les conséquences de l'emploi, par la Cour, d'une notion dépourvue de toute substance juridique en vue d'interpréter les traités.

372 Cf. notamment affaire C-70/88, *Parlement européen c. Conseil*, Rec. 1990, 2041, considérant 26. Pour d'autres références, voir Toth, «Institutional Balance», in *Encyclopedia of European Community Law* (1990). Voir aussi, Jacqué, *AEL* (1990) I-1, 247.

373 Pour des références concernant une interprétation différente de la notion «d'équilibre institutionnel», de la part de la Commission, cf. Communication de la Commission. «Rétablir l'équilibre institutionnel», *Bulletin CE, suppl.* 2/82. Voir aussi, Conseil européen, Copenhague (1993), «Conclusions de la Présidence introduction». Pour d'autres références, R. Bieber, *Das Verfahrensrecht supra* note 50, 101-103.

B. Equilibre institutionnel et contrôle des actes dits «internes»

L'article 173 I du traité CE modifié par le traité sur l'Union européenne stipule que la Cour contrôle, entre autres, «*les actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers*». Une telle qualification n'existe pas pour les actes des autres institutions soumis au contrôle de la Cour. Du point de vue du pouvoir d'introduire des recours, le Parlement est seulement habilité à introduire des recours qui tendent à la sauvegarde de (ses) prérogatives. Ce droit correspond au droit de recours de la future Banque Centrale européenne, mais n'a pas d'équivalent parmi les recours introduits par la Commission ou par le Conseil.

La «légitimation passive», quant à elle, correspond aux revendications du Parlement dans le nouvel article 173 CE. Avant l'entrée en vigueur du traité sur l'Union, il s'était pourtant déjà avéré que la distinction entre les actes ayant un effet vis-à-vis des tiers et donc soumis au contrôle exclusif de la Cour de justice et ceux dépourvus de cet effet et par conséquent exclus du contrôle de la Cour n'avait pas de fondement matériel.

En réalité, le concept «d'acte interne» employé par la Cour et repris par le TUE, ne permet pas de distinction valable. En effet, un acte dit «interne» peut aussi porter atteinte aux droits subjectifs et nécessiter un contrôle juridictionnel. Un bon exemple d'ailleurs ressort récemment d'un recours d'un ancien député du Parlement contre le Parlement lui-même concernant le refus de paiement d'une indemnité de départ.³⁷⁴

En l'absence d'une notion d'équilibre institutionnel, et même *a fortiori* en sa présence, le contrôle sur les actes des institutions devrait être identique dans un système qui se veut démocratique. Cette problématique acquiert encore une autre dimension par la transformation, opérée par le TUE, de la Cour des comptes en institution, sans que cette révision du traité ait tiré les conséquences au niveau du contrôle juridictionnel.

En effet, si l'on entend par démocratie, non seulement la répartition du pouvoir mais aussi la manière d'exercer ce pouvoir, il en découle qu'un contrôle juridictionnel des actes des organes constitutionnels garantit la démocratie et en tire sa légitimité. Si l'on admet aussi que les règles de fonctionnement interne représentent la manière d'exercer le pouvoir, c'est précisément à cet égard que le contrôle est nécessaire; il assure le respect et la subordination à des normes de rang supérieur, ce qui constitue un élément essentiel de la souveraineté démocratique.

Les règles de procédure interne ne sont, en tant qu'objet du contrôle juridictionnel, ni mentionnées expressément ni exclues expressément dans les traités. La nécessité d'un contrôle sur les règles de fonctionnement s'avère

374 CJCE, affaire C-314/91, *Beate Weber c. Parlement européen*, arrêt du 23 mars 1993, JOCE C-123 (1993) 10, non publié au Rec.

donc d'autant plus importante dans le système juridique des Communautés internationales. A cet égard, la notion d'équilibre institutionnel ne peut en aucun cas justifier un traitement différencié entre les institutions. La Communauté est un produit du droit, instituée elle-même pour créer le droit. Elle ne peut appuyer son existence sur des substrats extra-juridiques, comme par exemple le peuple de la Communauté, mais elle est contrainte de réaliser ses objectifs à l'aide des seuls instruments du droit. Pour cette raison, les mêmes principes doivent être applicables au contrôle des actes des institutions.

Les règles de fonctionnement des institutions, en tant que partie du système juridique, sont propres à entraîner des effets de portée diverse. Dès lors, se pose la question de savoir quelles sont les possibilités qui existent d'imposer le respect de règles de fonctionnement soit à l'intérieur d'une institution (avec l'aide éventuelle d'organes juridictionnels particuliers) soit de contrôler leur application en s'appuyant sur des normes de rang supérieur.

C. Conditions générales du contrôle sur le contenu du droit de fonctionnement interne dans la Communauté européenne

Les articles 173 et 177(1b), désignent l'objet du contrôle juridictionnel en empruntant le terme imprécis d'«actes». L'article 175 CE, quant à lui, parle de décision ou d'acte comme sujet au recours en carence. En réalité, ni la forme, ni le contenu d'une quelconque réglementation des institutions ne devrait pouvoir empêcher la Cour de justice d'opérer un contrôle. Toutefois, les conditions qui sont posées pour les recours à l'article 173 du traité CE contiennent certaines restrictions. Ces dernières risquent d'avoir pour effet de ne permettre, par la voie directe, qu'un contrôle juridictionnel fragmentaire des actes de l'organisation.

L'usage du terme d'«actes des institutions» utilisé dans les articles 173 et 177 du traité CE pour désigner l'objet du contrôle juridictionnel n'est pas précisé davantage dans le reste des traités. La signification de ce terme imprécis peut cependant être déterminée de façon indirecte. L'article 173, alinéa 1 mentionne en effet de manière expresse qu'un contrôle juridictionnel sur les recommandations ou avis est exclu. Cette mention laisse à penser que ces deux formes auraient également été comprises dans la notion d'«actes», sans quoi cette adjonction serait inutile.

Les actes énumérés à l'article 189 du traité CE, quant à eux, constituent les formes essentielles utilisées par les institutions de la Communauté. Ils devraient donc figurer sous la terminologie des «actes» au sens de l'article 173 (sauf exceptions relevées ci-dessus) et de l'article 177 du traité CE. Toutefois, la majeure partie du droit de fonctionnement de la procédure et de l'organisation interne (ci-après: «droit de fonctionnement») n'est pas arrêtée dans les formes citées à l'article 189.

Il se pose dès lors la question de savoir quelle est la possibilité de soumettre le droit de fonctionnement interne au contrôle juridictionnel. D'autre part, il faudrait également préciser si la notion «d'actes» doit être considérée comme correspondant à l'énumération figurant à l'article 189 du traité CE ou si elle recouvre aussi d'autres formes d'actes. L'opinion la plus répandue veut que l'on ne considère pas la notion d'«actes» comme correspondant exactement aux formes d'actes mentionnés à l'article précité.

La Cour de justice, dans une jurisprudence constante, a utilisé comme qualification de base une définition de l'acte qui va au-delà de l'article 189 du traité CE. L'arrêt 27/70 mérite à cet égard d'être cité ici:

En excluant du recours en annulation ouvert aux Etats membres et aux institutions les seuls «recommandations et avis» – dépourvus de tout effet obligatoire aux termes de l'article 189, alinéa final – l'article 173 envisage comme actes susceptibles de recours toutes dispositions prises par les institutions et visant à produire un effet juridique.

Ce recours tend à assurer, conformément aux prescriptions de l'article 164, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité.

Il serait contraire à cet objectif d'interpréter restrictivement les conditions de recevabilité du recours en limitant sa portée aux seules catégories d'actes visées par l'article 189.

Le recours en annulation doit donc être ouvert à l'égard de toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit.³⁷⁵

Compte tenu du système communautaire, la conception large de l'acte semble la plus appropriée. Lorsque, dans la section du traité CE qui est consacrée à la protection juridique, il est fait référence aux actes mentionnés à l'article 189, ceux-ci sont chaque fois expressément désignés. Si l'on avait voulu instituer un contrôle juridictionnel que sur les actes mentionnés à l'article 189, on aurait, suivant la technique de rédaction habituelle des traités, expressément cité soit cet article soit les actes qui y sont mentionnés.

D'un point de vue systématique, les deux exceptions citées à l'article 173, alinéa 1 du traité CE, à savoir les recommandations et les avis, sont importantes. Selon la définition légale qui en est donnée à l'article 189, les deux actes ne lient pas leurs destinataires. Mais si la raison d'une exemption du contrôle juridictionnel réside dans l'absence d'effet juridique, on ne peut chercher de ligne de séparation systématique à l'intérieur de l'article 189. En effet, des mesures ayant un effet juridique, qui n'ont pas leur place dans l'énumération de l'article 189, sont prévues à de nombreux endroits des traités. C'est en ce sens que l'on peut aussi interpréter la description générale des fonctions de la Cour de justice à l'article 164 du traité CE. Le respect «du droit» recouvre en effet un champ plus large que les traités et les actes mentionnés à l'article 189.

375 CJCE, affaire 22/70, *AETR*, *supra* note 141.

En conséquence, la forme de certains groupes de normes de fonctionnement, par exemple l'adoption d'une réglementation en tant que «règlement intérieur» ou en tant qu'«accord interinstitutionnel» n'exclut pas à priori un contrôle juridictionnel.³⁷⁶

D. Effet de l'acte

1. Les effets subjectif et objectif

Même s'il est reconnu que la notion d'acte utilisée à l'article 173, alinéa 1, doit être définie matériellement, c'est-à-dire au moyen de l'effet juridique, il existe des divergences à propos des critères de cet effet juridique. Certains auteurs établissent un lien direct entre la portée de l'effet et la notion d'acte. Selon eux, l'on ne doit qualifier une mesure «d'acte» au sens de l'article 173, alinéa 1, que si elle produit des effets en dehors des institutions.³⁷⁷ Cependant, d'autres auteurs, peu nombreux d'ailleurs, examinent la portée de l'effet comme un élément de recevabilité séparé. Certaines divergences apparaissent aussi en ce qui concerne la définition de l'effet. Un groupe d'auteurs utilise une conception «objective» de l'acte. Selon ceux-ci, font partie des «actes» toutes les mesures qui produisent (objectivement) un effet contraignant.³⁷⁸ D'autres estiment qu'une mesure est un «acte» lorsqu'elle est destinée à produire des effets juridiques, reprenant à cet égard la formulation initialement choisie par la Cour de justice.³⁷⁹

En ce qui concerne plus précisément les règles de fonctionnement, cette nuance de point de vue peut avoir une importance pratique car, de l'avis de certaines institutions, certains groupes de règles de fonctionnement, par exemple les accords interinstitutionnels, ne possèdent aucun effet juridique.³⁸⁰

La jurisprudence de la Cour n'est pas uniforme sur ce point. Dans une affaire datant de 1981, celle-ci a utilisé une conception objective de l'acte, d'après laquelle il s'agit de toutes les «mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celle-ci». Par contre, la forme dans laquelle des actes ou décisions sont pris n'a, en principe, pas

376 Kovar, Note, *Cahiers du droit européen* (1987) 314 et suivantes (325): également déjà C.-A. Morand, *La législation dans les Communautés européennes* (1968) 114.

377 J. Boulouis, *Droit institutionnel des Communautés européennes*, 269.

378 D. Lasok *et al.*, *Introduction to the Law and Institutions of the European Communities* (1982) 237.

379 *Supra*, note 375, P.J.G. Kapteyn *et al.*, *Inleiding to het recht van de Europese Gemeenschappen*, 196, D. Vaughan *et al.*, *Law of the European Communities*, vol. I, 196.

380 Réponse de la Commission à la question écrite n° 170/77 de M. Maigard, JOCE C 180/1977, 18.

d'importance en ce qui concerne la possibilité de les attaquer par un recours en annulation».³⁸¹

Il ne semble pas qu'il y ait eu changement d'orientation de la part de la Cour de justice puisque dans un arrêt rendu à la même époque, la Cour s'est à nouveau référée à la finalité de l'acte pour apprécier l'effet juridique.³⁸² La Cour utilise par contre alternativement les caractéristiques de la finalité ou de l'effet juridique objectif. Se fonder, comme critère exclusif, sur la volonté de l'institution pour qualifier la notion «d'acte» limiterait de manière inadmissible la possibilité de soumettre à un contrôle juridictionnel les actes des institutions. En effet, on peut imaginer qu'une mesure soit, sans résulter de la volonté de l'institution, traitée par des tiers comme étant contraignante, et qu'il en résulte de la sorte un besoin de protection juridique. En réalité, la Cour examine aussi les actes des institutions qui, selon ces dernières, n'étaient pas destinés à produire des effets juridiques.³⁸³

Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'«acte» au sens de l'article 173, alinéa 1, il y a dès lors lieu d'examiner la question de savoir si une mesure est destinée ou propre à produire des effets juridiques.

2. Les effets juridiques à l'égard du requérant

La Cour s'est appuyée plus tard, pour mieux définir la notion d'acte, sur le critère supplémentaire de l'atteinte portée à la situation juridique du requérant.³⁸⁴ De prime abord, cette nouvelle restriction pourrait avoir des conséquences dans la procédure contentieuse des institutions visée à l'article 173, alinéa 1, en particulier à l'occasion du contrôle juridictionnel de normes de fonctionnement. Si la Cour de justice admettait ce critère de manière générale, le Conseil et la Commission³⁸⁵ devraient, par exemple, pour la recevabilité d'un recours formé contre une autre institution au motif que des dispositions du règlement interne seraient contraires au traité, prouver que cette disposition affecte sa situation juridique.

381 CJCE, affaire 60/81, *IBM c. Commission*, Rec. 1981, 2639, point 16.

382 CJCE, affaire 294/83, *Les Verts c. Parlement européen*, Rec. 1986, 1339, point 24, 25. Voir aussi affaires jointes 358/85 et 51/86, *France c. Parlement européen*, Rec. 1988, 4821, point 14.

383 CJCE, affaire 108/83, *Luxembourg c. Parlement européen*, Rec. 1984, 1945, point 19. Dans cette affaire, la CJCE en arrive, après examen d'une résolution du Parlement européen, à la conclusion que celle-ci a un «... caractère décisionnel concret produisant des effets juridiques». S'il est vrai que l'arrêt a été rendu dans le cadre d'une procédure introduite en vertu de l'art. 38 du traité CECA, les mêmes critères que pour les «actes» au sens de l'article 173 du traité CEE sont cependant applicables aux «décisions» qui y sont mentionnées.

384 Voir *supra* note 381. Indépendamment de cela, le fait d'être concerné individuellement constitue une condition de la légitimation active en vertu de l'art. 173, alinéa 2 du traité CE.

385 Et le Parlement, lorsqu'une légitimation active lui est reconnue pour les recours en vertu de l'art. 173.

On peut également interpréter en ce sens un arrêt de la Cour de justice. La recevabilité du recours avait été contestée au motif que l'acte attaqué ne produisait aucun effet à l'égard de la Commission. La Cour a admis la recevabilité en se référant à l'existence réelle d'un effet. Tant la requérante³⁸⁶ que l'avocat général³⁸⁷ avaient souligné que cet effet ne constituait pas une condition de recours aux termes de l'article 173, alinéa 1, mais tous deux exposèrent de manière complémentaire l'effet existant concrètement. La Cour de justice introduit sa décision sur l'objection par une formulation qui, en tout cas, laisse en suspens une évaluation de la question fondamentale.³⁸⁸ Dans un autre arrêt, la Cour de justice s'est vue confrontée au même problème de qualification de l'effet juridique. A cette occasion sont apparus les défauts que suscite la méthode de la Cour de justice consistant à statuer sur les litiges d'ordre «constitutionnel» de la même manière que sur les procédures d'ordre «administratif» en s'appuyant uniquement sur les moyens des parties. Les litiges visés à l'article 173, alinéa 1, servant à clarifier la situation juridique objective, exigent par conséquent aussi des réponses de la Cour suffisamment généralisables. Lorsque celle-ci, comme dans ce cas, évite de telles réponses, l'arrêt ne peut pas avoir valeur de précédent pour l'interprétation de l'article 173, alinéa 1. De ce fait, une nouvelle définition de la notion d'acte utilisée à l'article 173 ne s'impose pas.

3. Les effets à l'égard des tiers.

La nécessité de définir plus précisément la notion que recouvrent les termes «concernent directement et individuellement» utilisés à propos des requérants à l'article 173, alinéa 2, avait déjà conduit à plusieurs reprises la Cour à distinguer cette notion des mesures dont l'effet se limitait au domaine interne de l'institution concernée.³⁸⁹ Dans ces procédures, il s'agissait toutefois de litiges d'ordre administratif dans lesquels la question fondamentale de la recevabilité d'un contrôle juridictionnel du droit de fonctionnement sous forme de règlements internes n'était pas à trancher. Ce n'est que depuis 1984 que plusieurs litiges d'ordre constitutionnel ont été portés devant la Cour, dans lesquels certaines parties, si elles défendaient aussi des intérêts individuels, n'attaquaient cependant, à cette occasion, aucune norme matérielle et, au contraire, s'employaient à obtenir un contrôle juridictionnel de règles spécifiques de fonctionnement.³⁹⁰ La Cour a également, lors de ces recours

386 Reproduit dans le rapport d'audience de l'arrêt, Rec. 1988, 1288.

387 Conclusions de l'avocat général Mancini du 24 novembre 1987, Rec. 1988, 1297 et suivante.

388 «A cet égard, il suffit de constater...», point 13.

389 Ce fut ainsi le cas dans plusieurs litiges relevant du droit de la fonction publique européenne, par exemple, CJCE, affaire 124/78, *List c. Commission*, Rec. 1979, 2499.

390 CJCE, affaire 294/83, *Les Verts c. Parlement européen*, Rec. 1986, 1339; CJCE, affaire 78/85, *Groupe des droites européennes c. Parlement européen*, Rec. 1986, 1753; CJCE

fondés sur l'article 173, alinéa 2, introduit la notion d'«effet juridique à l'égard de tiers» qui semble restreindre la notion large d'acte, indépendamment des conditions spéciales apposées au droit d'agir du requérant, conformément à l'article 173, alinéa 2.

Le Parlement européen interprète, semble-t-il, la jurisprudence dans ce sens. C'est ainsi qu'il a souligné, dans une résolution du 9 octobre 1986 sur son rôle dans le cadre des recours introduits conformément à l'article 173 du traité CE:

... que doivent être exclus du contrôle de la légalité par la Cour ceux de ses actes qui sont pris dans le cadre autonome de son organisation interne, ne produisent d'effets juridiques qu'à l'intérieur du Parlement et sont soumis à des procédures de vérification fixées par son règlement.³⁹¹

Ce point de vue, ainsi que l'avis d'une partie de la doctrine selon lequel la qualité d'«acte» au sens de l'article 173, alinéa 1, se détermine en fonction de la question de savoir si des effets vis-à-vis de tiers existent,³⁹² repose sur des conclusions poussées trop loin, tirées d'arrêts rédigés avec peu de soin.

En effet, il ne correspond ni à la lettre ni au système du traité, même avant sa révision, et notamment à la notion d'acte de l'article 177. En outre, il n'existe aucune nécessité juridique de procéder à une telle interprétation nouvelle des dispositions du traité sur le contrôle juridictionnel des actes des institutions dans le cadre de litiges d'ordre «constitutionnel».

Il faut noter pourtant que la notion restrictive d'acte contrastant avec les termes du traité ne sert pas, dans la plupart des cas, d'appui à la décision. Dans une affaire datant de 1983, la Cour parvient à l'application du nouveau critère en invoquant les motifs suivants:

Une interprétation de l'article 173 du traité qui excluerait les actes du Parlement européen de ceux qui peuvent être attaqués aboutirait à un résultat contraire tant à

affaire 221/86, *Groupe des droites européennes et parti «Front national» c. Parlement européen*. (Ce dernier recours a été retiré après deux ordonnances de la CJCE sur une demande en référé), Rec. 1986, 2579 et 2969, voir aussi CJCE, affaire C-68/90, *Blot et Front national c. Parlement européen*, Rec. 1990, 2101.

391 JOCE C-283/1986, 85.

392 Par exemple A. Bleckmann, *Europarecht* (1990) 230, Wenig dans E. Grabitz, *supra* note 191, observation 12 sur l'article 173: « Les actes simplement relatifs à l'organisation des institutions, même s'ils affectent de manière importante la situation de l'intéressé, ne sont pas des actes juridiques..., car il n'est pas porté atteinte aux «droits». De même, G. Vandersanden *et al.*, 144; Monaco dans E. Pennacchini *et al.*, *Manuale di Diritto Comunitario*, vol. I, 163; faisant expressément référence aux règlements intérieurs, Morand, *supra* note 376, 186 appuie son argumentation sur le traité CECA qui édicte des conditions de recours plus étroites, mais ne tient pas compte du fait que, même aux termes de ce traité (par exemple, article 38), les conditions de principe pour un contrôle des règlements intérieurs existent. Kapteyn le souligne déjà dans *L'Assemblée commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier* (1962) 142. V. Constantinesco, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften* (1977) 850 considère expressément la possibilité de recours contre les «actes ne produisant que des effets internes» comme donnée.

l'esprit du traité tel qu'il a été exprimé dans l'article 164 qu'à son système. Les actes que le Parlement européen adopte dans la sphère du traité CE pourraient, en effet, sans que la possibilité soit ouverte de les déférer au contrôle de la Cour, empiéter sur les compétences des Etats membres ou des autres institutions ou outrepasser les limites qui sont tracées aux compétences de leur auteur. Il convient dès lors de considérer que le recours en annulation peut être dirigé contre les actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers.³⁹³

La particularité des affaires jugées entre 1981 et 1986, dans lesquelles le Parlement était partie, réside dans le fait qu'à leur occasion la capacité du Parlement européen d'agir comme défendeur a été déterminée. Cette circonstance explique le choix de ces termes.

En effet, l'interprétation extensive de l'article 173 s'appuyant sur l'article 164 du traité CE pour motiver la légitimation passive est justifiée et recevable pour des raisons de nécessité de protection juridique. En principe, il est permis et même nécessaire de procéder de manière «restrictive» lors d'une interprétation extensive, c'est-à-dire de ne s'éloigner que dans la mesure nécessaire de la lettre d'une norme. A cet égard, la Cour n'a pu, en principe, admettre de recours contre le Parlement que dans des limites plus étroites que celles qui existaient, en vertu de l'article 173, pour les recours contre le Conseil et la Commission. Il est par conséquent possible, lors d'une interprétation extensive de l'article 173, alinéa 1, qui concerne les recours contre le Parlement, d'utiliser une notion «d'acte» différente. Toutefois, il semble douteux que des différences objectives dans le besoin de protection juridique puissent justifier une telle différenciation entre les institutions. Les motifs invoqués par la Cour pour l'introduction du critère d'«effet juridique vis-à-vis de tiers» ne fondent pas une telle distinction. La première partie des motifs utilise à titre de comparaison le système de contrôle juridictionnel en vigueur pour les autres institutions. La Cour ne mentionne aucun élément qui puisse expliquer un contrôle seulement restreint des actes du Parlement. Au contraire, elle désigne trois violations concrètes du droit qui peuvent potentiellement découler d'actes du Parlement:

- les empiètements sur les compétences des Etats membres,
- les empiètements sur les compétences d'autres institutions,
- le dépassement des limites qui sont tracées aux compétences de leurs auteurs.

On peut ranger les institutions ou Etats désignés dans les deux premiers cas sous la rubrique «tiers». En revanche, le dernier cas ne permet pas de conclure à un rapport déterminé qui doit avoir un requérant potentiel avec le Parlement. En tout cas, un empiètement illégal du Parlement sur les droits de

393 CJCE, affaire 294/83, *Les Verts c. Parlement européen*, Rec. 1986, 1339, points 23-25, de même, CJCE, affaire C-68/90, *supra* note 390, point 9; voir aussi, CJCE, affaire 78/85, *supra* note 390.

certaines députés garantis par les traités entrerait également dans la troisième catégorie du dépassement des compétences. Mais on peut aussi imaginer que le règlement ne respecte pas les principes généraux de droit, par exemple en ce qui concerne la protection des minorités, et donne ainsi lieu à des besoins de protection juridique de membres d'institutions ou d'organes d'institutions.

Dans ces circonstances, la conséquence exprimée comme suit: «*il convient dès lors de considérer que le recours en annulation peut être dirigé contre les actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers*», malgré les mots par lesquels elle débute («*il convient dès lors...*»), ne constitue pas une suite logique du texte qui précède, si l'on attribue à l'expression «vis-à-vis de tiers» une signification autonome. Le texte n'a de continuité logique que si l'on se réfère à l'effet juridique en soi. En fait, le reste du texte de l'arrêt donne à penser que la Cour de justice utilise l'expression «effet juridique vis-à-vis de tiers» de manière non spécifique. Quoi qu'il en soit, la Cour estime à l'évidence, que les membres et groupes du Parlement européen peuvent être des «tiers» au sens de la formulation de l'arrêt.

Dans ces conditions, la jurisprudence de la Cour ne conduit pas obligatoirement à la conclusion générale que les mesures dont les effets juridiques ne se produisent qu'à l'intérieur d'une institution ne constituent pas en principe des «actes» au sens de l'article 173, alinéa 1 du traité CE et sont ainsi soustraites à un contrôle juridictionnel.³⁹⁴

Une telle interprétation ne serait, en outre, conforme ni à la lettre ni à l'esprit du système de contrôle juridictionnel. Une limitation de la notion d'acte visée à l'article 173, alinéa 1, s'appuyant sur la portée de l'effet juridique fait appel, en vérité, à un élément utilisé à l'alinéa 2 pour définir le droit de recours. Mais les conditions énoncées à l'article 173, alinéa 2, ne peuvent pas être utilisées pour l'interprétation de l'alinéa 1 puisque les alinéas 1 et 2 diffèrent sur le plan des principes et, de plus, l'alinéa 1 postule les principes du recours alors qu'au contraire l'alinéa 2 constitue par rapport à l'alinéa 1, une disposition d'exception. En outre, l'expression correspondante contenue dans l'article 177, alinéa 1(b), à savoir «actes pris par les institutions», ne connaît aucune sorte de restriction liée à la portée d'une réglementation. Tant la jurisprudence³⁹⁵ que la doctrine sur l'article 177 utilisent, à l'égard des mesures de toutes les institutions, y compris le Parlement, une notion de l'acte qui se fonde uniquement sur l'effet juridique et non pas sur la portée.

394 C'est pourtant l'avis des auteurs cités plus haut (note 7). Voir aussi, Isaac, «L'insertion du Parlement européen dans le système juridictionnel des Communautés européennes», *AFDI* (1986) 794-809. Pescatore se montre critique à l'égard de l'utilisation de la notion de «tiers» dans les arrêts cités, dans «Le Parlement face à la Cour», dans J.-V. Louis *et al.* (éd.), *Le Parlement européen* (1988) 207, 222ss.

395 Par exemple, CJCE, affaire 208/80, *Lord Bruce*, *supra* note 307, point 21.

Dans ces circonstances, on ne voit pas pourquoi une réglementation de ce genre qui produit des effets exclusivement «internes» ne devrait pas pouvoir être contrôlée également dans le cadre de la procédure du contrôle juridique objectif conformément à l'article 173, alinéa 1. Seule cette procédure contradictoire crée les conditions d'une justification approfondie de la mesure par les défendeurs. En outre, l'inclusion des employés des institutions dans le système de protection juridique des traités en vertu de l'article 179 du traité CE prouve que la qualité de «tiers» en tant que condition générale de recours est étrangère au droit communautaire.

Il n'existe ainsi aucune nécessité objective ou politico-juridique d'interpréter la notion d'acte figurant à l'article 173, alinéa 1, en considération de la portée que peuvent avoir des normes de fonctionnement, d'une manière particulière qui s'écarte du sens large habituel.

Compte tenu de la situation juridique différente prévalant dans les divers Etats membres dans un domaine essentiel du système d'organisation, on comprend que la Cour de justice hésite à appliquer précisément au Parlement européen la notion large d'acte figurant à l'article 173, alinéa 1, dans le cadre de la procédure de contrôle d'ordre «constitutionnel». Il ne semble cependant pas opportun, dans un système globalement structuré comme un Etat de droit conformément à l'article 164 du traité CE, d'assujettir toutes les institutions, également en ce qui concerne leurs actes produisant des effets «internes», à un contrôle juridictionnel. Pour ce qui est du Parlement européen (et des autres institutions), il en résulterait un contrôle juridictionnel qui ressemble à une combinaison de juridiction constitutionnelle française et allemande. Le résultat est inhabituel mais ne porte pas atteinte au statut de l'institution. Les actes des organes constitutionnels gagnent d'autant plus en légitimation qu'ils sont davantage soumis à un contrôle objectif. Existente en outre des raisons pour qu'un contrôle juridictionnel ait lieu sous l'angle de la protection juridique, précisément en ce qui concerne la procédure parlementaire. Ce n'est qu'avec l'aide d'une Cour constitutionnelle que les droits des minorités peuvent être efficacement protégés.

En outre, il convient de signaler le lien entre les notions «d'actes», soumis au contrôle juridictionnel d'une part, et de «formes substantielles» d'autre part, cette dernière constituant, en vertu de l'article 173, un paramètre pour vérifier la légalité des actes. En effet, les actes dit «internes» constituent un bloc important des formes substantielles. Or, si ces formes, notamment les règlements intérieurs, sont contraignantes pour les institutions elles-mêmes,³⁹⁶ le principe de la légalité de l'ordre juridique communautaire exige qu'ils n'échappent pas à priori à un contrôle de la Cour.

396 Cf. notamment l'exemple important du règlement intérieur du Conseil, considéré comme «forme substantielle» dans, CJCE, affaire 68/86, *Royaume-Uni c. Conseil*, Rec. 1988, 855.

E. Conclusion

Il semble par conséquent que la modification apportée par le TUE à l'article 173 et prévoyant expressément un contrôle juridictionnel des actes du Parlement, mais en le limitant aux «actes destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers», ait constitué un retour à une conception corporatiste des organes constitutionnels. En tout état de cause, la jurisprudence récente³⁹⁷ semble vouloir limiter les effets de formules choisies par la Cour antérieurement. Ainsi le traitement différencié auquel sont soumises les institutions en ce qui concerne leurs procédures et leurs organisations internes sera limité. Toutefois, l'égalité qui en résulte ne doit pas être confondue avec une notion fantôme comme l'«équilibre institutionnel».

Il faut signaler enfin que l'attribution du statut d'institution à la Cour des Comptes, qui résulte de l'article 4 du traité CE, révisé par le traité sur l'Union, laisse donc une fois de plus la question ouverte, risquant de multiplier les inégalités devant la Cour. En effet, les conséquences de cette modification n'ont pas été tirées dans le cadre de l'article 173 du traité CE. En réalité, bien que ces inégalités semblent plutôt être la conséquence d'un manque de rigueur dans les travaux de la conférence intergouvernementale que d'une vision cohérente, ils traduisent le concept d'une différenciation institutionnelle involontaire qui provoque la genèse de notions destinées à remédier aux inconvénients mais qui, en fait, créent de nouveaux problèmes.

VIII. Juridicité

A. Introduction

Si le droit représente sans doute un facteur d'intégration de premier ordre, le rôle moteur des règles ne se manifeste pas uniquement dans le processus législatif. Il se concrétise aussi par l'application du droit. A cet égard, la Cour a participé dans une large mesure à l'évolution du droit communautaire en développant une jurisprudence abondante, comblant ainsi les lacunes du traité et définissant des principes spécifiques à ce nouveau cadre. Dans le système communautaire, le droit revêt dès lors un caractère dynamique³⁹⁸ allant au-delà de sa fonction classique de définition de la structure étatique et de création de moyens pour le règlement des conflits. Ce dynamisme ne se limite pourtant pas seulement à l'évolution du droit existant.³⁹⁹ Il touche également des voies qui se situent en dehors du processus évolutif habituel

397 Voir *supra* note 373.

398 Schwarze, «Funktionen des Rechts in der Europäischen Gemeinschaft», in J. Schwarze (éd.), *Gesetzgebung*, 9, 30.

399 Voir à ce sujet, Ress *et al.*, «Die Dynamik des EG-Rechts als Rechtsproblem», in R. Bieber *et al.* (éd.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts/The Dynamics of EC-law* (1987) 13.

concrétisé par la jurisprudence et la législation, mais qui participent de manière aussi conséquente à l'élaboration du droit. Il s'agit de tous les actes qui n'ont pas encore de caractère contraignant, mais qui vont servir à ceux qui le seront ou même simplement le devenir eux-mêmes; ils contiennent donc déjà une certaine juridicité en eux.

En effet, la création de nouvelles règles communautaires est souvent précédée de déclarations politiques ou de l'établissement de principes démunis de force juridique obligatoire. Le dynamisme se traduit ici par un changement de qualité de ces déclarations ou recommandations qui, par l'aval du législateur, deviennent du droit. Il serait alors possible de parler d'une intensification décrivant le lien entre le processus politique et l'acte normatif.

D'autre part, les règles établies dans le cadre de la Communauté qui, selon le principe classique de territorialité, devraient se limiter à régir les situations de fait relevant du territoire des Etats membres, ont de plus en plus tendance à affecter des ordres juridiques extérieurs à la Communauté. L'intégration économique engagée entre les Etats membres produit des effets sur les pays voisins⁴⁰⁰ qui, soit tendent à s'adapter à l'évolution du droit communautaire de façon autonome,⁴⁰¹ soit s'intéressent à la conclusion d'accords leur permettant de prendre part à l'unification des marchés. Dans ce dernier cas, la participation implique généralement la reprise des règles communautaires par les adhérents et conduit ainsi à une extension organisée du droit. L'adoption de «l'acquis communautaire» se produit notamment lorsque de nouveaux Etats demandent leur adhésion à la Communauté selon l'article O du traité sur l'Union.⁴⁰² Elle est prévue également dans le cadre de l'accord sur l'Espace économique européen par l'article 7 et différentes dispositions prévoyant l'intégration de l'acquis dans l'ordre juridique interne des parties contractantes.

A côté de l'intensification des règles mentionnées ci-dessus, l'on observe donc également une extension du droit au-delà des frontières de la Communauté. Ces phénomènes ne sont pas réservés à l'intégration de l'Europe

400 D.C. Dicke, *Das Verhältnis der Schweiz zum real existierenden Westeuropäischen Bundesstaat* (1991) 16, parle de «Sogwirkung der Europäischen Gemeinschaften».

401 Voir Nentwich, «Autonomer Nachvollzug österreichischer Gesetze», *EuZW* (1991) 677 et ÖstVerfGH *EuZW* (1991) 703; voir aussi à ce sujet, Blankart, «Droit et politique dans les relations entre la Suisse et la Communauté», in O. Jacot-Guillarmod, *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen* (1990) 245, 251 et Baudenbacher, «Zum Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz», *EuR* (1992) 309; notons que l'adaptation autonome peut présenter certains avantages, notamment dans la perspective d'une adhésion à la Communauté, mais elle n'offre aucune protection juridique aux ressortissants ou entreprises de l'Etat tiers en cas de discrimination.

402 Meng in H. Groeben *et al.*, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, article 237/98; sur la procédure d'adhésion, voir Evans, «Entry Formalities in the European Community», *EL Rev.* (1981) 3 et Dagoglou, «The Southern Enlargement of the European Community», *CML Rev.* (1984) 149.

communautaire. L'intensification est l'expression d'un processus normatif transformant des courants politiques en une règle contraignante. Au niveau des relations internationales bien plus qu'au niveau national, cette métamorphose passe souvent par la formulation d'avis politiques pris sous forme de déclarations protocolaires, de recommandations etc. La nécessité d'un consensus politique international ou communautaire rend opportun le recours à ces instruments avant que soient créées les règles contraignantes.

En examinant l'extension du droit communautaire, il convient de noter que si l'application territoriale d'un ordre juridique et la souveraineté législative des justiciables forment un duo idéal sous l'angle des prérogatives démocratiques d'un Etat, il subsiste que l'applicabilité des normes peut obéir à d'autres critères. Ainsi d'autres époques ont déjà connu le phénomène de l'extension du droit communautaire sur l'ordre juridique des Etats tiers. Dans ce contexte, viennent à l'esprit la réception du droit romain ou le règne du Code Napoléon.

Dans le cadre de la Communauté européenne pourtant, l'intensification et l'extension des règles méritent un examen particulier. En effet, l'adoption de mesures d'ordre politique préparant une réglementation contraignante peut être considérée comme inutile vu les possibilités législatives attribuées à la Communauté par délégation de compétences nationales. Le phénomène de l'intensification est dès lors non seulement l'expression d'un dynamisme du droit communautaire, mais il peut aussi servir de repère lorsqu'il s'agit de situer la Communauté entre l'organisation internationale et l'Etat. Quelques constatations sur la nature de la Communauté ainsi que sur le pouvoir décisionnel de ces organes peuvent être déduites.

D'autre part, la manière dont le droit communautaire fait «tache d'huile» semble être, à l'heure actuelle, d'une envergure unique. La reprise de l'acquis communautaire par les Etats membres de l'A.E.L.E. participant à l'Espace économique européen en est un bon exemple, qui mérite d'être examiné sous l'angle des fondements juridiques de cette extension. En premier lieu, les principes essentiels seront dégagés afin de démontrer ensuite, à travers quelques exemples particuliers, les impacts du processus décisionnel communautaire sur les ordres juridiques extérieurs.

B. L'intensification

Le problème du changement de qualité des règles se pose pour les actes qui n'ont pas, en soi, force juridique obligatoire. Les sources du droit communautaire comprennent en effet des règles contraignantes et non contraignantes. On distingue généralement le droit primaire, c'est-à-dire les traités instituant les Communautés européennes, y compris les différents traités et actes les modifiant, du droit communautaire dérivé, à savoir les actes adoptés par les organes sur la base, en principe, des compétences qui leur ont été attribuées.

Parmi les actes à caractère dérivé prévus de manière expresse par les traités, notamment par l'article 189 du traité CE, le règlement, la directive et la décision sont empreints de force juridique contraignante, alors que les avis et les recommandations ne lient pas.⁴⁰³ En dehors du catalogue des actes ainsi expressément nommés, il existe un certain nombre d'instruments «atypiques».

Il convient de mentionner aussi, d'une part, les autres actes prévus par les traités comme, par exemple, les traités internationaux conclus par la Communauté avec des Etats tiers sur la base de ses compétences extérieures,⁴⁰⁴ et d'autre part, les actes qui se sont développés sans base expresse dans les traités. Il s'agit notamment des déclarations protocolaires faites par les organes ou par les représentants des Etats membres – que ce soit au niveau intergouvernemental⁴⁰⁵ ou dans le cadre de la procédure législative communautaire⁴⁰⁶ ou encore d'autres déclarations telles que des résolutions ou des conclusions permettant aux différentes instances de s'exprimer en dehors des catégories et des procédures ordinaires.⁴⁰⁷

1. Impacts sur le processus législatif

Les actes atypiques sont intéressants dans la mesure où ils ne possèdent pas *ipso facto*, de force juridique obligatoire mais ont – d'une manière indirecte – des impacts sur l'évolution du processus législatif communautaire. Il s'agit de savoir ici dans quelle mesure des mesures non-contraignantes peuvent avoir un impact sur l'interprétation du droit. Il convient toutefois de mentionner que, selon la jurisprudence, le fait qu'un acte soit dépourvu d'effet obligatoire ne constitue pas un obstacle pour la Cour de justice qui statue sur l'interprétation de cet acte.⁴⁰⁸ De plus les actes à caractère non-contraignant peuvent se révéler utiles pour l'interprétation d'autres actes.⁴⁰⁹

403 Voir sur les sources du droit communautaire G. Isaac, *Droit communautaire*, 106 à 150.

404 Voir les articles 113 et 238 du traité CE, ainsi que affaire 22/70, *AETR*, *supra* note 141.

405 Everling, «Probleme atypischer Rechts – und Handlungsformen bei der Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts», in R. Bieber *et al.*, *Die Dynamik des Gemeinschaftsrechts*, 417, 418; le même, «Zur rechtlichen Wirkung von Beschlüssen, Entschliessungen, Erklärungen und Vereinbarungen des Rates oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft», in G. Lüke *et al.*, (éd.), *Gedächtnisschrift Constantinesco* (1983) 133.

406 Karl, «Zur Rechtswirkung von Protokollerklärungen in der Europäischen Gemeinschaft», *JZ* (1991) 593.

407 Sur l'ensemble de ces actes, voir aussi Rabe, «Europäische Gesetzgebung – das unbekannte Wesen», *NJW* (1993) 1, 3.

408 CJCE, affaire 113/75, *Frecassetti c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, Rec. 1976, 983; CJCE, affaire 90/76, *Ameyde c. SRL Ufficio centrale italiano di assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale*, Rec. 1977, 1091; CJCE, affaire C-322/88, *Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, Rec. 1989, 4409; CJCE, affaire C-188/91, *Deutsche Shell c. Hauptzollamt Hamburg-Harburg* du 21 janvier 1993 non encore publiée.

409 CJCE, affaire C-188/91, *Deutsche Shell*, *supra* note 408.

Egalement qualifiée de *soft law*,⁴¹⁰ une partie de ces instruments influe en effet sur l'adoption d'actes obligatoires du fait qu'ils constituent un premier pas vers le consensus politique.⁴¹¹ Dans différents domaines du droit communautaire, l'adoption de mesures obligatoires, notamment l'harmonisation du droit national par le biais de directives, a été précédée de l'énonciation de déclarations à caractère non-contraignant.

Ainsi, par exemple, la réglementation bancaire, en particulier celle relative à la surveillance des banques et aux règles prudentielles, a suscité un certain nombre de recommandations qui ont précédé les propositions de directives concernant le contrôle des grands risques des établissements de crédit⁴¹² ou encore l'instauration de systèmes de garantie des dépôts.⁴¹³ D'autres questions non encore couvertes par le droit communautaire sont soumises à l'action extra-légale, comme par exemple le problème des systèmes de paiements transfrontaliers pour lequel un «programme de libéralisation et d'harmonisation» ainsi qu'une «Charte des utilisateurs» ont été adoptés.⁴¹⁴ Il est à noter qu'une grande partie de la réglementation bancaire communautaire est fortement inspirée de différentes normes non-contraignantes établies dans le cadre du Comité de Bâle, forum international de la coopération en matière de contrôle bancaire.⁴¹⁵

410 Voir à ce sujet Bothe, «Soft Law in den Europäischen Gemeinschaften?», in I. von Münch (éd.), *Festschrift Schlochauer, Staatsrecht-Völkerrecht-Europarecht* (1981) 761; le même, «Legal and Non-Legal Norm – A Meaningful Distinction in International Law?», *NYIL* (1980) 65.

411 Thüser, «The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration», in O. Jacot-Guillarmod (éd.), *L'avenir du libre-échange en Europe*, 131, 133; voir à propos de «Soft Law» aussi, Wellens *et al.*, «Soft law in European Community Law», *EL Rev.* (1989) 267.

412 Voir la recommandation du 22 décembre 1986 relative à la surveillance et au contrôle des grands risques des établissements de crédit, JOCE L 33 du 4 février 1987, 10 et la proposition de directive sur la surveillance et le contrôle des grands risques des établissements de crédit, JOCE L 123 du 9 mai 1991, 18, voir aussi Dufloux *et al.*, «La réglementation prudentielle des banques», *La Revue Banque* (1989) 269.

413 Voir la recommandation relative à l'instauration, dans la Communauté, de systèmes de garantie des dépôts, JOCE L 33 du 4 février 1987, 16 et l'avant-projet de directive relative à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant la garantie des dépôts, commission doc. XV/303/91-FR-Rec. 1.

414 *Agence Europe* n° 1755 du 25 mars 1992; *Agence Europe* n° 1756 du 28 mars 1992; sur l'ensemble de la réglementation bancaire voir Dusseaux, «Vers une harmonisation européenne des conditions de banque», *Revue de droit bancaire* (1980) 77; Schneider, «Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts», *NJW* (1991) 1985.

415 Voir à ce sujet, Hayward, «Prospects for International Cooperation by Bank Supervisors» (with background note on the Basle Committee on Banking supervision), in J. Norton (éd.), *Bank Regulation and Supervision in the 1990's* (1990) 67; voir aussi sur l'évolution de la coopération internationale, P. Clarotti, *Le contrôle bancaire dans la Communauté européenne* (1986) 54; notons qu'en ce qui concerne la proposition de directive relative aux offres publiques d'achat, la Commission s'est également inspirée d'un texte non-normatif, à savoir le Code anglais des OPA (Takeover Code), voir Cooper, «In Search of Flexibility – A British View of the Proposed Takeover Directive», *EuZW* (1991) 289.

Un autre domaine marqué par l'adoption préalable de règles non-contraignantes est celui de la politique sociale. La Communauté n'étant dotée ici que de faibles compétences législatives, différentes questions ont été abordées par le biais du *soft law*. Tel est le cas par exemple de la formation professionnelle continue des travailleurs salariés adultes en entreprise,⁴¹⁶ de l'intégration économique et sociale des groupes de personnes économiquement et socialement moins favorisées,⁴¹⁷ de l'aménagement du temps de travail,⁴¹⁸ de l'âge de la retraite⁴¹⁹ ou encore des mesures à prendre pour combattre le chômage.⁴²⁰ La mise en place d'une réglementation communautaire contraignante nécessite ici un élan politique particulier comme, par exemple, l'adoption du Programme d'action sociale par le Conseil dans sa résolution du 21 janvier 1974⁴²¹ à la suite de laquelle diverses directives en matière de l'égalité des sexes et du droit du travail ont été mises en place.⁴²² Une autre mesure prise dont le but est bien de faire avancer le droit social communautaire a été prise au moyen d'un instrument para-juridique: il s'agit de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs.

2. L'exemple de la Charte sociale

Adoptée lors du Conseil européen de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1989, la «Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs»⁴²³ constitue une déclaration des Etats membres de la Communauté européenne à l'exception de la Grande-Bretagne.⁴²⁴ Il ne s'agit ni d'un acte émis par les institutions de la Communauté, ni d'un traité de droit international entre les onze Etats membres, mais d'un instrument *sui generis* sans effet juridique contraignant.⁴²⁵ On parle d'un texte *sui generis* dès lors que le droit communautaire possède une systématique des actes (évoquée ci-dessus). La doctrine admet d'ailleurs unanimement que la Charte représente une déclaration

416 Conclusion du Conseil du 15 juin 1987, JOCE C 178 du 7 juillet 1987, 5.

417 Décision du Conseil du 18 juillet 1989 portant établissement d'un programme d'action communautaire, JOCE L 224 du 2 août 1989, 10.

418 Recommandation du Conseil du 22 juillet 1975 concernant le principe de la semaine de quarante heures et le principe des quatre semaines de congé payé annuel, JOCE L 199 1975, 32. Résolution du Conseil du 18 décembre 1979, concernant l'aménagement du temps de travail, JOCE C du 4 janvier 1980, 1.

419 Recommandation du Conseil du 10 décembre 1982 relative aux principes d'une politique communautaire de l'âge de la retraite, JOCE L 357 du 18 décembre 1982, 27.

420 Résolution du Conseil du 12 juillet 1982 concernant une action communautaire pour combattre le chômage, JOCE C 186 du 21 juillet 1982, 1.

421 JOCE C 13 du 12 février 1974, 1.

422 Voir à ce sujet, R. Blanpain *et al.*, *Droit du travail communautaire* (1991) 53 à 55.

423 Ci-après «Charte».

424 Voir le préambule de la Charte, *in fine*.

425 Pettiti, «La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs: un progrès?», *in Droit social* (1990) 387ss.

solennelle démunie d'effet obligatoire.⁴²⁶ Le défaut de valeur obligatoire de la Charte la distingue en effet des conventions de l'Organisation internationale du travail et de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, qui créent des obligations à l'égard des Etats signataires. Le fait donc que, dans son préambule, la Charte se réfère de manière expresse aux instruments de ces organisations, ne saurait en rien changer son caractère non-contraignant.

Cette qualification ressort du texte même de la Charte. Celle-ci est composée d'un préambule et de deux parties dont la première contient une liste des droits sociaux concernés,⁴²⁷ tandis que la deuxième est consacrée à la mise en œuvre de la Charte. Ladite liste énumère les droits sociaux fondamentaux des travailleurs, à savoir: libre circulation, emploi et rémunération, amélioration des conditions de vie et de travail, protection sociale, liberté d'association et négociation collective, formation professionnelle, égalité de traitement entre les hommes et les femmes, information, consultation et participation des travailleurs, protection de la santé et de la sécurité dans le milieu de travail, protection des enfants et des adolescents, personnes âgées, personnes handicapées.

Ensuite, la deuxième partie renvoie à la fois aux législateurs nationaux et communautaires appelés à adopter les actes nécessaires à la réalisation des droits promulgués dans la première partie par le biais des procédures législatives respectives. Ceux-ci sont libres de suivre ou non l'invitation de la Charte.

En ce qui concerne la répartition des tâches entre les législateurs nationaux et la Communauté, la Charte stipule, dans son préambule, «qu'en vertu du principe de la subsidiarité, les initiatives à prendre concernant la mise en œuvre (des) droits sociaux relèvent de la responsabilité des Etats membres»; quant au législateur communautaire, «il prend les initiatives qui relèvent de ses compétences prévues par les traités».⁴²⁸ La Charte ne fait donc que répéter un principe général de droit communautaire qui veut que les institutions de la Communauté émettent des actes juridiques dans les seuls domaines qui leur sont attribués expressément ou implicitement par les Etats membres.

Lorsque la Communauté émet par exemple un règlement ou une directive concrétisant un des droits sociaux évoqués par la Charte, elle doit s'en tenir aux compétences qui lui ont été attribuées. Or, en matière de politique so-

426 Pettiti, «La Charte», 387; Greber, «Le droit communautaire de la sécurité sociale: les fondements», *Aspects de la sécurité sociale* (2/1990) 2ss, 6; R. Blanpain, *Droit du travail communautaire* (1991) 58; H. Groeben, J. Thiesing, C. Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag* (1991) avant l'article 117/38; Duren, «La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux devant le parlement», *RMC* (1991) n° 343, 19, 21.

427 Titre I: *Droits sociaux fondamentaux des travailleurs*.

428 Voir titre II n° 23 de la Charte.

ciale, le traité CE attribue des compétences législatives relativement étroites aux autorités communautaires. Vu les objectifs très larges de la Charte, sa mise en œuvre à travers la législation communautaire en matière de politique sociale présente plusieurs difficultés.

Les compétences de la Communauté en matière de sécurité sociale se limitent, en vertu de l'article 51 du traité CE, à la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale.⁴²⁹ D'après la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, «l'article 51 du traité CE prévoit une coordination des législations des Etats membres et non une harmonisation. L'article 51 laisse donc subsister des différences entre les régimes de sécurité sociale des Etats membres et, en conséquence, entre les droits des personnes qui travaillent. Les différences de fond et de procédure entre les régimes de sécurité sociale de chaque Etat membre, et partant, dans les droits des personnes qui y travaillent, ne sont donc pas touchées par l'article 51 du traité».⁴³⁰ De plus, dans ce domaine, l'adoption d'actes juridiques⁴³¹ nécessite l'unanimité au sein du Conseil.

En dehors de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale, les articles 117ss du traité CE sont consacrés à la politique sociale au sens le plus large du terme sans pour autant donner des compétences significatives au législateur communautaire. Or, bien que l'article 117 fasse allusion au rapprochement des législations sociales des Etats membres, il ne constitue pas une délégation de compétence en faveur de la Communauté. Il confirme au contraire que les principales tâches en matière de politique sociale restent du ressort des Etats membres.⁴³² Dans le chapitre du traité CE consacré à la politique sociale, seul l'article 118A mandate le législateur communautaire à prendre des mesures dans le domaine de la santé et de la sécurité des travailleurs. L'article 118A est l'unique règle permettant au Conseil de statuer à la majorité qualifiée en matière de droit social.

Le Conseil et la Commission, contrairement au Parlement européen, soutiennent une interprétation plutôt restrictive de l'article 118A, qui ne permet pas, en principe, de régler des questions relatives aux autres conditions de travail.⁴³³ Toutes les questions ne touchant pas au sujet délimité par l'article 118A doivent être réglées par le biais de la délégation plus générale de compétences prévue par les articles 100 et 235 du traité CE.

429 Voir B. Kahil, *Sécurité sociale et libre circulation des personnes en droit communautaire* (1992) 25ss.

430 CJCE, affaire 313/86, *Lenoir c. Caisse d'allocations familiales*, Rec. 1988, 5391.

431 Les plus importants étant les règlements 1408/71 et 574/72.

432 H. Groeben, J. Thiesing, C. Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, article 117/1; CJCE, affaire 126/86, *Gimenez Zaera c. Instituto nacional de la seguridad social y tesoreria general de la seguridad social*, Rec. 1987, 3697.

433 Il n'empêche pas que certaines règles – notamment celles concernant l'aménagement du temps de travail – sont fondées sur l'article 118A. Cf. *Agence Europe* n° 6113 du 24 novembre 1993.

L'article 100A, alinéa 2 du traité CE exclut, quant à lui, expressément les droits et intérêts des travailleurs de son champ d'application. Le recours aux dispositions générales implique que les décisions soient prises à l'unanimité. Toutes les directives relatives au droit du travail et à l'égalité de traitement entre hommes et femmes sont ainsi basées soit sur l'article 100, soit sur l'article 235 du traité CE.⁴³⁴ Elles reposent dès lors sur une volonté commune des gouvernements de tous les Etats membres.

Quant à la législation communautaire évolutive en matière de politique sociale, la Charte ne modifie nullement le système de compétences instauré par le traité CE. Seule une modification formelle du traité peut changer la procédure législative ou élargir les compétences de la Communauté. Ainsi, bien que la Charte soit adoptée par onze Etats membres, la mise en œuvre de son programme social par le biais de règlements ou de directives exige en principe⁴³⁵ l'accord des douze Etats membres; un consensus qui n'est pas facile à réaliser sur des points relativement controversés, tels que ceux relevant de la politique sociale.

Il est vrai que la Charte, au vu de son caractère symbolique, n'a pas d'influence directe sur la législation communautaire. Il faut néanmoins reconnaître que les propositions législatives faites par la Commission sur la base de son programme d'action,⁴³⁶ destiné à mettre en œuvre la Charte, comprennent toute une gamme de mesures. Elles concernent notamment les contrats et relations de travail autres qu'à plein temps et à durée indéterminée (travail atypique), l'aménagement du temps de travail, l'établissement d'un formulaire comme élément de preuve des contrats et relations de travail, les licenciements collectifs, (révision de la directive 75/129), l'extension des régimes de sécurité sociale à toutes les personnes assurées (modification des règlements 1408/71 et 574/72), la protection des femmes enceintes au travail, etc. Certaines de ces propositions ont d'ores et déjà été adoptées. Tel est le cas, par exemple, des directives sur la protection des femmes enceintes,⁴³⁷ sur la preuve de la relation de travail,⁴³⁸ ou encore sur les licenciements collectifs.⁴³⁹

3. *Soft law* – symptôme d'une structure décisionnelle déficitaire?

L'exemple de la Charte sociale permet de tirer quelques conclusions sur la nature et la portée du *soft law* dans le contexte du droit communautaire.

434 Voir à ce sujet R. Blanpain, *Droit du travail communautaire* (1991) 124ss et 166ss.

435 Sauf pour les mesures s'appuyant sur l'article 118A du traité CE.

436 COM (89) 568 final.

437 JOCE L 348 du 28 novembre 1992, 1; notons que la base de cette directive est l'article 118A et ceci malgré le fait qu'elle contient des dispositions concernant la rémunération durant le congé maternité.

438 JOCE L 288 du 18 octobre 1991, 32.

439 JOCE L 245 du 26 août 1992, 3.

Premièrement, la distinction entre déclaration politique et acte législatif montre que le phénomène du *soft law* ne constitue pas une catégorie normative entre le droit et le non droit. Il convient dès lors de citer Thürer qui constate que

a social norm is either legally valid or not; the term validity is not quantifiable in that one can assume that a rule is more or less binding.⁴⁴⁰

La fonction primordiale du *soft law* ne consiste pas en effet à définir des règles qui régissent le comportement de l'Etat et des justiciables, tâche qu'il ne saurait satisfaire vu son défaut de qualité normative, mais son rôle consiste à préparer le terrain du processus décisionnel législatif. Il peut donc être qualifié d'instrument permettant dans la phase des pourparlers politiques de disposer d'un cadre capable d'incorporer les stades intermédiaires d'une recherche de consensus.

Deuxièmement, et ceci est étroitement lié à la constatation précédente, l'existence du *soft law* dans l'un ou l'autre des domaines visés par le législateur communautaire est en même temps la preuve d'un déficit de l'autorité supranationale. Ainsi, les déclarations politiques et solennelles en matière de politique sociale sont typiques de ce volet d'activités communautaires. En effet, les compétences législatives y sont rares et la nécessité du consensus difficile à atteindre.

Certains auteurs décrivent le phénomène du *soft law* dans le cadre de la Communauté comme un dérapage déplorable de cette dernière l'éloignant de la supranationalité et la rapprochant de l'intergouvernementalité.⁴⁴¹ Or, le rôle préparatoire de ces instruments fait partie intégrante du processus décisionnel communautaire. Aussi longtemps que la Communauté doit réunir, dans le cadre du Conseil, le consensus politique des représentants des gouvernements nationaux, le recours aux déclarations politiques précédant les actes législatifs s'avère être un aspect normal de la vie politique communautaire.

Il est tentant de conclure que le rôle du *soft law* peut être vidé de son sens du moment qu'un organe législatif représentant les peuples européens a l'autorité décisionnelle. Dans cette hypothèse, l'existence même des formes d'expression atypiques servirait d'indice du degré de maturité du système communautaire.

Or, ce serait nier d'importants aspects de la réalité politique qui caractérise non seulement le dialogue international ou communautaire mais aussi, dans une large mesure, les processus décisionnels qui se déroulent à l'in-

440 D. Thürer, *The Role of Soft Law*, 132.

441 Bothe, *Soft Law*, 774 à 775; voir également sur le rôle du *soft law* en droit international public, Eisenmann, «The gentleman's Agreement comme source du droit international», *JDI* (1979) 326; J. Castaneda, *Legal Effects of United Nations Resolutions* (1969).

térieur des Etats. Tout comme le catalogue de l'article 189 du traité CE ainsi que les dispositions relatives à l'adoption des actes par les organes communautaires ne sauraient refléter la complexité des processus décisionnels dans leur ensemble,⁴⁴² le modèle idéal d'une représentation démocratique passant par l'adoption de lois formelles ne suffirait pas à décrire les réalités politiques nationales. Les pratiques décisionnelles apparaissant dans la vie politique de l'Etat démocratique moderne montrent en effet qu'une multitude de moyens atypiques précèdent, voire remplacent, la réglementation législative au sens propre du terme.

Tout d'abord, au niveau du forum législatif lui-même, l'approbation de lois formelles par les représentants du peuple n'est pas forcément l'unique forme que peut revêtir l'expression du processus décisionnel politique. Ainsi, des accords informels conclus entre des entités constitutionnelles parties à une coalition, la délégation de dossiers législatifs à des commissions parlementaires,⁴⁴³ voire à des comités d'experts,⁴⁴⁴ peuvent se superposer à la procédure législative définie par des règles constitutionnelles. Par ailleurs, la formulation par le Parlement de déclarations autres que celles destinées à approuver ou à rejeter une initiative législative font partie de la réalité constitutionnelle des Etats.⁴⁴⁵ Il s'agit notamment des règles régissant le fonctionnement interne des organes constitutionnels⁴⁴⁶ ainsi que les rapports entre ces derniers qui influent sur le processus décisionnel démocratique et qui ont pour la plupart qualité de droits objectifs. Indépendamment des problèmes que certains de ces aspects impliquent sur le plan du respect des principes démocratiques,⁴⁴⁷ l'existence d'une pluralité de formes d'expression représentant les différentes facettes de la vie politique à l'intérieur d'un système juridique montre que le recours aux «actes atypiques» n'est pas une particularité communautaire. La souplesse constitutionnelle qui se manifeste à travers ces exemples n'est pas non plus un phénomène réservé au processus décisionnel communautaire. Ainsi, les unités des Etats fédéraux peuvent estimer opportun de s'entendre en dehors des procédures prévues par la

442 Voir sur les «développements parallèles», de l'instrumentarium communautaire, Dewost, «Décisions des institutions en vue du développement des compétences et des instruments juridiques», in R. Bieber *et al.* (éd.), *Die Dynamik*, 321, 327.

443 Voir à ce sujet Kasten, «Plenarvorbehalt und Ausschussfunktion», *DöV* (1985) 222.

444 Voir sur le problème que posent les nécessités de la technologie moderne au niveau des processus décisionnels démocratiques, Th. Vesting, *Politische Einheitsbildung und technische Realisation, Über die Expansion der Technik und die Grenzen der Demokratie* (1990) 160ss.

445 Voir par exemple Boudet, «La force juridique des résolutions parlementaires», *Revue de droit public et de science politique* (1985) 271.

446 Sur ces normes dans le cadre du traité CE, voir R. Bieber, *Das Verfahrensrecht supra* note 50, 115ss.

447 Voir par exemple, Vierhaus, «Die Identifizierung von Staat und Parteien – eine moderne Form der Parteidiktatur?», *ZRP* (1991) 468; sur le rôle de la loi en tant que forme typique, voir Carre de Malberg, *La loi, expression de la volonté fédérale* (1931, réédition 1984).

constitution fédérale. A titre d'exemple le droit constitutionnel suisse⁴⁴⁸ et allemand peuvent être cités.

Le concept de l'autorégulation, enfin, peut mettre à l'écart, dans certains domaines, la loi en tant que forme typique de réglementation. Les alternatives à une régulation législative peuvent apparaître sous forme de «gentleman's agreements» conclus entre acteurs économiques,⁴⁴⁹ de règles édictées sur la base d'une autonomie corporative ou encore par le biais de conventions collectives de travail conclues entre les partenaires sociaux. Le droit communautaire tient compte d'une manière croissante de ces réalités et favorise même une re-délégation de certaines tâches législatives à ces corps intermédiaires. L'accord de onze Etats membres sur la politique sociale conclu à l'occasion de l'adoption du traité sur l'Union européenne en est un bon exemple. Il prévoit, à son article 2, alinéa 4, la possibilité pour les Etats membres de confier aux partenaires sociaux la mise en œuvre des directives prises en application de l'accord. La convention collective devient donc un instrument important dans la mise en œuvre du droit communautaire.

Une vue d'ensemble des pratiques décisionnelles montre que l'adoption des actes atypiques par le biais des procédures législatives ordinaires n'est de loin pas le seul moyen dont se servent les acteurs politiques lors de la recherche d'un consensus ayant pour but de fixer les prérogatives de la société. Au lieu de s'interroger sur la qualification formelle de ce phénomène, il importe de savoir si les modes de prise de décision respectent au mieux les prérogatives d'une représentation démocratique des peuples. C'est en effet le contrôle ultime du Parlement ou «la réserve de la loi» qui est la limite constitutionnelle à l'usage et à l'effet juridique des instruments atypiques.

C. Extension

Face au phénomène décrit ci-dessus sous le terme d'intensification, la juridicité du droit communautaire se manifeste aussi par une expansion au-delà du territoire communautaire. L'extension des règles émises dans le cadre de la Communauté européenne à des ordres juridiques externes se produira d'une manière générale par son effet-modèle. Cet effet ne résulte pas nécessairement d'une qualité normative spéciale, mais plutôt du fait qu'il représente le dénominateur commun des ordres juridiques différents dé-

448 J.F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse I* (1967) 330; voir en tant qu'exemple, le Concordat d'arbitrage adopté par la Conférence des directeurs cantonaux de la justice le 27 mars 1969 et approuvé par le Conseil fédéral le 27 août 1969, ainsi que, Poudret, «Concordat sur l'arbitrage», in P. Lalive *et al.*, *Le droit de l'arbitrage* (1989) 23.

449 Voir à titre d'exemple l'autorégulation caractérisant certaines questions du secteur bancaire suisse, de la Convention de l'Association suisse des Banques, du Code suisse des OPA, ou encore de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB).

ployant de ce seul fait une sorte d'attraction. Au surplus, elle se manifeste d'une manière particulière, notamment lors de la mise en œuvre de l'accord sur l'Espace économique européen, signé à Porto le 2 mai 1992.⁴⁵⁰ Cet accord a été conclu sur la base de l'article 238 du traité CE entre, d'une part, la Communauté européenne et ses Etats membres⁴⁵¹ et, d'autre part, les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange.⁴⁵² Les liens entre les parties contractantes, qui jusqu'ici étaient liées par les accords de libre-échange de 1974, se voient donc renforcés.⁴⁵³

Pour l'essentiel, l'accord EEE vise à étendre les libertés fondamentales communautaires, à savoir la circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, ainsi que les règles de la concurrence, aux Etats parties à l'A.E.L.E..⁴⁵⁴ A cette fin, ces derniers s'engagent à reprendre les règles communautaires qui s'y rapportent: «l'acquis communautaire pertinent», figurant dans les annexes de l'accord.⁴⁵⁵

A côté des quatre libertés, l'accord EEE prévoit en plus l'institution de politiques horizontales et d'accompagnement destinées à favoriser le plein effet des libertés. Il s'agit entre autres des domaines de la recherche, du développement, de l'environnement, de l'éducation et de la politique sociale. Les politiques horizontales impliquent l'adaptation du droit national des Etats membres de l'A.E.L.E. à la législation communautaire concernée, notamment au droit des sociétés, à la protection des consommateurs ou encore au droit du travail. Au contraire, la coopération dans les domaines mentionnés à l'article 78 de l'accord EEE ne nécessite pas la reprise de l'acquis.

Outre des règles déjà existantes, l'extension du droit communautaire aux ordres juridiques des Etats de l'A.E.L.E. concerne toute la future législation

450 Voir sur l'évolution des négociations, Kellenberger, «Bilan de la mise en place de la grande zone de libre-échange», in O. Jacot-Guillarmod, *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?* (1980) 79; Spinner, «Europäischer Wirtschaftsraum (EWR): Verhandlungsentwicklung bis Mitte Juni 1991», *SZ* (1991) 237; Pescatore, «Eine neue europäische Architektur – ist darin ein Platz für die Schweiz?», *RSDIE* (1992) 265.

451 Il s'agit dès lors d'un accord mixte, voir à ce sujet B. Beutler *et al.*, *Die Europäische Union*, 542ss.

452 A l'exception de la Suisse dont le peuple a rejeté la participation à l'EEE lors du référendum du 6 décembre 1992; sur les conséquences d'une course solitaire de la Suisse voir Hauser *et al.* «Traité sur l'EEE, adhésion à la CEE, course en solitaire – Conséquences économiques pour la Suisse», *Vie économique* (1991) 10; sur l'alternative d'une adhésion à la Communauté, voir Tschopp, «Manifeste pour l'euro-initiative», *Revue économique et sociale* (1991) 69.

453 Voir Weiss, «The functioning of the Free Trade Agreements», in O. Jacot-Guillarmod (éd.), *L'avenir du libre-échange*, 61.

454 Voir sur l'ensemble, Lippens de Cerf *et al.*, «Présentation générale de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE)», *RAE* (1992) 23.

455 Aux termes de l'article 119 de l'accord EEE, les annexes et les actes auxquels celles-ci font référence et tels qu'ils ont été adoptés aux fins de l'accord, ainsi que les protocoles, font partie intégrante de l'accord EEE.

qui sera adoptée par les organes de la Communauté et qui concerne les domaines soumis à l'accord EEE.

Dans le souci d'assurer une évolution parallèle des ordres juridiques concernés, l'accord EEE met en place une procédure décisionnelle complexe. Cette dernière est caractérisée par un système de consultations et de négociations politiques au sein des organes et entre eux également. Le comité mixte de l'EEE est appelé, après consultation, à décider des modifications à apporter aux annexes de l'accord EEE. Il doit se déterminer le plus tôt possible après l'adoption par la Communauté d'une nouvelle législation communautaire correspondante. De cette façon, une application presque simultanée de la nouvelle législation dans les deux cadres juridiques est probable.⁴⁵⁶

Les observations, présentées par la Commission dans le cadre de la procédure relative à l'avis 1/91 de la Cour concernant le projet de l'accord EEE,⁴⁵⁷ sont révélatrices: «la procédure décisionnelle prévue par l'accord reflète, d'une part, l'intérêt d'étendre l'acquis communautaire et son devenir à l'Espace économique européen tout en sauvegardant l'autonomie de décision de la Communauté et, d'autre part, le respect de la volonté des Etats souverains qui n'entendraient ni transférer des compétences ni donner un pouvoir législatif aux organes de l'accord».

Il est vrai que, formellement, l'accord EEE n'implique, pour les Etats de l'A.E.L.E., aucune délégation de compétences législatives à un organe supranational. En revanche, ils ne disposent d'aucun droit de codécision lors de l'élaboration du droit évolutif communautaire. La seule possibilité d'empêcher la reprise d'un nouvel acte dans l'ordre juridique de l'EEE réside dans la possibilité de bloquer une prise de décision positive au sein du Comité mixte. Or, selon l'article 102, alinéa 5 de l'accord EEE, «si le Comité mixte n'est pas parvenu à une décision sur une modification d'une annexe du présent accord... la partie de l'annexe qui est affectée, déterminée conformément au paragraphe 2 (donc par le Comité mixte), est suspendue provisoirement...». Il faut encore que les Etats de l'A.E.L.E. se soient unanimement entendus sur le refus, puisque, aux termes de l'article 93, alinéa 2 de l'accord EEE, ils sont tenus de s'exprimer d'une seule voix.

En bref, les possibilités pour les Etats de l'A.E.L.E. d'éviter l'adaptation de leur ordre juridique interne aux futurs actes communautaires qui entrent dans le champ d'application matériel de l'accord EEE sont très limitées; il reste le recours aux mesures de sauvegarde en cas de difficultés sérieuses

456 Voir l'article 102 de l'accord EEE; voir sur la procédure décisionnelle en détail, Hummer, «Der EWR und seine Auswirkungen auf Österreich», *EuZW* (1992) 361, 369.

457 CJCE, avis 1/91 du 14 décembre 1991, non encore publié; voir à ce sujet Epiney, «La Cour de justice des Communautés européennes et l'Espace économique européen», *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht* (1992) 275.

d'ordre économique, social ou environnemental au terme des articles 112ss de l'accord EEE.⁴⁵⁸

Une fois que le Comité mixte a décidé, conformément à l'article 102, alinéa premier de l'accord EEE, d'une nouvelle législation communautaire dans l'ordre juridique de l'EEE, les actes en question ont en principe les mêmes effets que ceux qu'ils exercent dans le cadre de la Communauté. Selon l'article 7 de l'accord EEE, les actes correspondant à des règlements communautaires sont intégrés en tant que tels dans l'ordre juridique interne des parties contractantes et les actes correspondant à des directives laissent aux autorités des parties contractantes la compétence quant à la forme et aux moyens de sa mise en œuvre.⁴⁵⁹

L'extension du droit communautaire à l'ordre juridique d'Etats tiers, comme elle se profile dans le cadre de l'accord EEE, posera un certain nombre de problèmes juridiques à résoudre. Quelques aspects susceptibles d'occuper les juridictions nationales et supranationales dans l'avenir sont abordés ici.⁴⁶⁰

1. Adaptation de quelles lois nationales?

Il s'agit de savoir, dans un premier temps, selon quels critères se fera la désignation des lois nationales des Etats de l'A.E.L.E. soumises aux procédures d'adaptation. Les discussions ayant précédé les votations populaires helvétiques concernant l'acceptation de l'accord EEE ont montré que les avis peuvent diverger à ce sujet.

L'accord EEE, qui est un traité de droit international public, fixe les droits et obligations des parties contractantes. En ce qui concerne l'importante obligation des Etats membres de l'A.E.L.E. de reprendre l'acquis communautaire pertinent, les annexes, qui font partie intégrante de ce dernier, se bornent à énumérer les actes communautaires concernés par cette reprise. Lorsque des dispositions de l'accord, de ses protocoles ou de ses annexes se réfèrent aux législations nationales, elles le font de façon générale et générique. Ainsi par exemple l'article 4 du protocole 15 concernant les périodes transitoires pour l'instauration de la libre circulation des personnes (Suisse et Liechtenstein) dispose que «la Suisse peut maintenir jusqu'au 1er

458 Voir la proposition de règlement du Conseil relatif à certaines modalités d'application de l'accord sur l'Espace économique européen (92/C 339/09), JOCE C 339 du 22 décembre 1992, 11.

459 Hummer, *Der EWR*, 370; sur la question de savoir si le droit de l'accord EEE déploie un effet direct, voir Reinisch, «Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von EWR-Recht», *ZfRV* (1993) 11; Hess *et al.*, «Die Auswirkungen des Acquis communautaire auf das Recht des EWR», *EuZW* (1992) 379; voir aussi Jacot-Guillarmod, «L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire: aspects normatifs et juridiques», in D. Schindler *et al.*, *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences* (1990) 1.

460 Sur le système judiciaire établi par l'accord EEE voir Epiney, *supra* note 457, 278.

janvier 1996 des dispositions nationales imposant au travailleur ... (frontalier) de retourner chaque jour dans son pays de résidence».

Le silence de l'accord EEE constaté ci-dessus n'a rien de particulier dès lors que, d'une manière générale, le droit communautaire se borne à fixer les obligations des Etats membres de façon abstraite. Malgré le fait que, ni l'accord lui-même, ni ses protocoles et annexes, ne mentionnent les lois nationales concernées par la reprise de l'acquis communautaire, les Etats membres de l'A.E.L.E. ne sont pas libres dans l'adaptation de leurs législations nationales. A l'instar de l'article 5 du traité CE, l'article 3 de l'accord EEE oblige les parties contractantes à prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant de l'accord.

La question de savoir si telle ou telle législation nationale nécessitera une adaptation à l'acquis communautaire mentionné dans l'annexe VI est déterminée par l'objectif de l'accord EEE. L'interprétation incombera principalement à la Cour A.E.L.E. qui est compétente, en vertu de l'article 108, 2e alinéa, pour l'application de l'accord EEE. Elle reviendra également à la Cour de justice des Communautés européennes d'après l'article 107 et le protocole 34. La Cour A.E.L.E. devra s'inspirer de la jurisprudence communautaire puisque selon l'article 6 de l'accord EEE la jurisprudence de la Cour antérieure à la signature de cet accord fait partie de l'acquis communautaire.

Elle devra donc être observée tant par la Cour A.E.L.E. que par les autorités nationales des Etats membres de l'A.E.L.E.. Un des principaux fils conducteurs de l'interprétation de l'accord EEE est l'objectif d'homogénéité fixé aux articles 105 et 106. Selon ces dispositions, les parties contractantes s'engagent à assurer une interprétation aussi uniforme que possible du droit de l'EEE et du droit communautaire.

Tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de l'accord EEE peut conduire à la procédure de règlement des différends prévue à l'article 111 de l'accord EEE. Dans les grandes lignes, la Communauté ou un Etat membre de l'A.E.L.E. peut porter un tel conflit devant le Comité mixte de l'EEE. Le comité mixte examine toutes les possibilités permettant de maintenir le bon fonctionnement de l'accord EEE. Si le différend porte sur l'interprétation de dispositions qui sont identiques en substance aux règles correspondantes du traité CE, les parties contractantes parties au différend peuvent convenir de demander à la Cour de justice de se prononcer sur l'interprétation des règles pertinentes. En dépit d'une solution trouvée au sein du Comité mixte, des mesures de sauvegarde selon les articles 112, alinéa 2 et 113 de l'accord EEE sont possibles. En plus, en renvoyant à l'article 102 figurant dans le chapitre sur la procédure décisionnelle, l'article 111 ouvre la porte, comme *ultima ratio*, à une suspension provisoire de ou des annexes affectées par le différend.

2. Reprise de quel droit communautaire?

L'extension du traité CE à travers l'accord EEE pose des problèmes quant à la notion de «législation communautaire» employée à l'article 102 de l'accord EEE qui détermine l'évolution du droit de l'EEE. Les actes pris dans le cadre de la politique sociale, par exemple, posent des problèmes.

Il ressort du préambule de l'accord que les parties contractantes sont «conscientes de l'importance du développement de la dimension sociale dans l'Espace économique européen...». De façon plus concrète, l'article 66 de l'accord EEE figurant dans le chapitre relatif à la politique sociale dispose que «les parties contractantes conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre». Les aspects de l'accord EEE touchant à l'évolution du droit social des Etats concernés, que l'on pourrait dénommer, à l'instar du préambule, la dimension sociale de l'Espace économique européen, soulèvent un certain nombre de questions.

L'évolution institutionnelle de la Communauté poursuivie dans le cadre du traité sur l'Union européenne a provoqué des espoirs⁴⁶¹ mais des craintes⁴⁶² également du côté des milieux touchés par l'accord EEE. La question de savoir dans quelle mesure les modifications apportées au traité CE pourraient influencer l'évolution du droit de l'Espace économique européen se pose en premier lieu.

Comme il a déjà été dit, la reprise de nouvelles législations communautaires est soumise aux articles 97ss de l'accord EEE. Plus les institutions communautaires adoptent des règlements ou des directives, plus de «nouvelles législations communautaires» au sens de l'article 99 de l'accord EEE seront à reprendre. Pour autant que le traité sur l'Union européenne allège la procédure législative en matière de politique sociale, la mise en place de règles régissant les relations de travail et la sécurité sociale pourrait s'intensifier.

Alors que le traité sur l'Union européenne laisse subsister, *grosso modo*, les fondements de compétence en matière de droit social,⁴⁶³ ils n'en est pas de même quant à l'accord sur la politique sociale conclu entre tous les Etats membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande du Nord. Dans cet accord annexé au protocole sur la politique sociale annexé lui-même au traité sur l'Union européenne, les onze parties

461 Kappeler, «EEE-dimension sociale en bonne voie», *Union syndicale suisse*, Service de presse du 19 août 1992, 188.

462 Allenspach, «Le processus d'intégration européenne», *Journal des Associations patronales* (1992) 529, 531.

463 Notamment les articles 51 et 100A al. 2 et 117 à 122ss (à l'exception de l'article 118A, alinéa 2) du traité CE restent inchangés.

contractantes conviennent de poursuivre une politique sociale parallèlement à celle prévue par le traité CE.⁴⁶⁴

Le progrès réalisé par cet accord réside notamment dans le fait que l'article 2, alinéa 2 renvoie à l'article 189C du traité sur l'Union européenne,⁴⁶⁵ introduisant de la sorte la prise de décision du Conseil à la majorité qualifiée. Néanmoins l'article 2, alinéa 3 exige l'unanimité pour d'importants domaines: la sécurité sociale, la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, la cogestion, les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté et les contributions financières visant la promotion de l'emploi. L'article 2, alinéa 6, enfin, exclut les questions relatives aux rémunérations, au droit d'association, au droit de grève et au lock-out du champ d'application de la procédure législative instaurée par cette disposition.

Se pose dès lors la question de savoir si les mesures prises, par les onze Etats membres de la Communauté, sur la base de l'accord susmentionné, tombent sous le coup du droit évolutif de l'Espace économique européen. A cet égard, il convient de s'interroger sur la nature des actes qui pourront découler de l'accord des onze sur la politique sociale ainsi que sur l'étendue du champ d'application matériel de l'accord EEE.

Le premier aspect – à savoir la qualification des actes de «législation communautaire» ou non – dépend essentiellement de la nature du système décisionnel conçu par les parties contractantes. Il est clair, avant toute chose, que le protocole sur la politique sociale signé par les douze Etats membres constitue une annexe au traité sur l'Union européenne. Au regard de l'article 239 du traité CE, qui reste inchangé au-delà des modifications apportées par le traité sur l'Union, le protocole sur la politique sociale fait donc partie intégrante du droit communautaire primaire. Ensuite, l'accord des onze est certes une convention relevant du droit international public, par opposition aux traités instituant les Communautés européennes.⁴⁶⁶ Or, une interprétation de l'accord des onze, qui lui conférerait un caractère international, devrait faire abstraction des particularités de cet accord et notamment des liens qui le rattachent à l'ordre juridique communautaire.⁴⁶⁷ Le rapport étroit existant entre le système mis en place par l'accord des onze d'une part, et le droit communautaire primaire, d'autre part, ressort du protocole même. En effet, au terme de ce dernier, les douze Etats membres autorisent les onze «à faire recours

464 Sur l'ensemble, voir Schuster, «Rechtsfragen der Maastrichter Vereinbarungen zur Sozialpolitik», *EuZW* (1992) 178ss.

465 Sur ces aspects voir Nentwich, «Institutionelle und verfahrensrechtliche Neuerungen im Vertrag über die Europäische Union», *EuZW* (1992) 235ss.

466 Jacqué, «Cours général de droit communautaire», *AEL*, 257.

467 Schuster, *supra* note 464, 181.

aux institutions, procédures et mécanismes du traité aux fins de prendre entre eux et d'appliquer, dans la mesure où ils sont concernés, les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre de l'accord...».⁴⁶⁸

L'accord spécifie également que le recours au droit communautaire primaire engendre l'adoption de directives sur la base de la procédure instaurée par l'article 189C du traité CE. L'articulation ainsi décrite entre l'accord et les mécanismes communautaires n'a de sens que si les dispositions de l'accord et les actes de droit dérivé profitent du caractère particulier du droit communautaire, c'est-à-dire, de l'effet direct et de la primauté notamment. Cette réflexion est illustrée par l'article 6 de l'accord, qui correspond dans les grandes lignes à l'article 119 du traité CE consacrant l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins. Il serait difficilement concevable, vu l'acquis jurisprudentiel relatif à l'article 119 du traité CE,⁴⁶⁹ de ne pas reconnaître l'effet direct du principe d'égalité dans le cadre de la politique des onze.⁴⁷⁰ L'accord des onze est, en définitive, assimilable au droit communautaire primaire du fait qu'il implique – à l'instar des traités instituant les Communautés européennes – un transfert de compétences législatives aux organes supranationaux en matière de politique sociale.

La délégation de souveraineté nationale au niveau supérieur est non seulement typique de l'ordre juridique communautaire mais elle constitue également le fondement logique de l'effet direct et de la primauté des actes qui découlent de l'exercice des compétences transférées.

Enfin, grâce à la faculté que possèdent les onze de recourir aux mécanismes communautaires, ces actes seront adoptés par les institutions communautaires sous la forme de directives, instrument caractéristique de la Communauté. L'exclusion du douzième Etat membre des procédures d'adoption ne saurait modifier le caractère communautaire des mécanismes auxquels recourt la politique des onze. La non-appartenance d'un, voire de plusieurs Etats membres, dans le processus d'intégration n'est pas inhabituelle dans la configuration politique communautaire. L'ancien article 8C du traité CEE admet expressément la poursuite des objectifs par le biais d'une intégration échelonnée.⁴⁷¹ L'union monétaire⁴⁷² à deux vitesses conçue par le traité sur l'Union européenne illustre parfaitement ce phénomène.

Au regard de l'ensemble des arguments exposés ci-dessus, la qualification des futures mesures prises sur la base de l'accord des onze comme étant

468 Voir le Protocole sur la politique sociale sous chiffre 1).

469 CJCE, affaire 43/75, *Defrenne II*, *supra* note 11.

470 Schuster, *supra* note 464, 182.

471 Voir au sujet d'une intégration échelonnée, Ehlermann, «How flexible is Community law? An unusual Approach to the Concept of two Speeds», *Mish. LR* (1984) 1274; Langeheine, «Die abgestufte Integration», *EuR* (1983) 227.

472 Voir à ce sujet Häde, «Die Europäische Wirtschafts – und Währungsunion», *EuZW* (1992) 171.

du droit communautaire s'impose.⁴⁷³ Or, cette observation n'implique pas d'elle-même l'intégration de ces actes dans le droit évolutif de l'Espace économique européen. L'article 102, alinéa premier de l'accord EEE parle en effet d'une modification des annexes après l'adoption d'une «nouvelle législation communautaire correspondante». La reprise de nouveaux actes communautaires doit donc avoir un lien direct avec les différents domaines soumis à l'accord EEE, le but étant d'assurer l'homogénéité des deux ordres juridiques.

A première vue, l'accord EEE est un traité international d'ordre économique. Le noyau dur de ce dernier prévoit l'installation des libertés fondamentales ainsi que la garantie d'un régime de libre concurrence entre les économies nationales. La Cour a de même estimé, dans son avis 1/91, que l'accord EEE «vise l'application d'un régime de libre échange et de concurrence dans les relations économiques et commerciales entre les parties contractantes».⁴⁷⁴ Or, vu l'existence des politiques horizontales et d'accompagnement, il serait difficile de ne pas reconnaître une certaine dimension sociale à l'Espace économique européen. Il ressort en fait du préambule déjà que les parties contractantes sont «conscientes de l'importance du développement de la dimension sociale, notamment de l'égalité de traitement des hommes et des femmes, dans l'Espace économique européen et sont désireuses d'assurer le progrès économique et social ainsi que de favoriser les conditions nécessaires à la réalisation du plein emploi, au relèvement du niveau de vie et à l'amélioration des conditions de travail à l'intérieur de l'Espace économique européen».

Conformément à ces objectifs, le droit social de l'Espace économique européen s'articule autour de trois piliers. Premièrement, l'article 29 de l'accord EEE, qui figure dans le chapitre sur la libre circulation des personnes et qui reprend l'idée de l'article 51 du traité CE, oblige les Etats membres de l'A.E.L.E. à reprendre l'acquis communautaire en matière de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale; il s'agit des règlements 1408/71 et 574/72 mentionnés dans l'annexe VI de l'accord EEE. Deuxièmement, l'accord EEE contient un chapitre concernant la politique sociale comprenant les articles 66 à 71. Ces dispositions font partie des politiques dites horizontales liées aux quatre libertés. En renvoyant à l'annexe XVIII de l'accord EEE, les articles 67, 68 et 70 relatifs à la santé et à la sécurité des travailleurs, au droit du travail en général ainsi qu'à l'égalité des sexes contiennent l'obligation pour les Etats membres de l'A.E.L.E. de s'aligner sur les mesures prises par la Communauté dans ces domaines.⁴⁷⁵ Enfin, troisièmement, parmi les politiques d'accompagnement, figure, à

473 Voir aussi les réponses données par la Commission aux questions parlementaires JOCE C 289 du 5 novembre 1992, 20, JOCE C 95 du 5 avril 1993, 17.

474 CJCE, avis 1/91, *supra* note 3, considérant 15.

475 Voir aussi l'article 5 du protocole 31.

l'article 78 de l'accord EEE, la coopération en matière de politique sociale. Contrairement aux deux premiers volets mentionnés, cette coopération n'implique pas une harmonisation des législations. Il faut dire que, de toute façon, les activités de la Communauté dans ces domaines n'aboutiront probablement pas à des actes communautaires contraignants.⁴⁷⁶

Seuls l'article 29 et les articles 66 à 71, à l'exception de l'article 78 qui concerne le domaine des politiques d'accompagnement, ont un effet contraignant du point de vue de l'alignement sur l'acquis communautaire. Selon le domaine dans lequel on classe une mesure communautaire, l'adaptation du droit national est obligatoire ou facultative. La solution est facile en ce qui concerne l'acquis communautaire existant, car les annexes VI et XVIII auxquelles renvoient les articles 29 et 66 à 71 de l'accord EEE contiennent une liste des actes pertinents bien déterminée. Elle pourrait en revanche poser des problèmes pour ce qui est du droit évolutif de l'Espace économique européen.

Dans le cadre de la procédure décisionnelle instaurée par les articles 97 à 104 de l'accord EEE, il faut rappeler que le comité mixte de l'EEE peut décider de la reprise de nouvelles législations communautaires dans l'ordre juridique de l'Espace économique européen. Il ressort des articles 99 et 102 qu'une telle reprise suppose une nouvelle législation dans un domaine régi par l'accord EEE.

En ce qui concerne la délimitation des domaines régis par l'accord EEE, il convient de se référer à l'article 29 ainsi qu'au chapitre relatif à la politique sociale (articles 66 à 71). Si dans les domaines de la coordination des régimes de sécurité sociale (article 29), de la santé et la sécurité des travailleurs (article 67) et de l'égalité des sexes (article 70), les futurs actes communautaires entrant dans le champ de l'accord EEE devraient être relativement faciles à classer car bien délimités, il n'en va pas de même quant au domaine du droit du travail régi par l'article 68 de l'accord EEE. En effet, l'article 68 stipule que «dans le domaine du droit du travail, les parties contractantes mettent en œuvre les mesures nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du présent accord». Vu la large teneur de cette disposition, tout règlement ou toute directive touchant aux droits et intérêts des travailleurs pourrait alors être repris.

Dans une déclaration figurant à la fin de l'accord EEE, les Etats membres expriment également leur souhait de «contribuer activement au développement de la dimension sociale de l'Espace économique européen» et qu'ils «font leurs les principes et droits de base fixés par la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs». Les onze Etats membres de la Communauté, de leur côté, «sont désireux de poursuivre dans la voie tracée

476 Voir le message du Conseil fédéral suisse relatif à l'accord EEE, I/372.

par la Charte sociale de 1989»⁴⁷⁷ et conviennent «de mettre en œuvre, à partir de l'acquis communautaire, la Charte sociale de 1989».⁴⁷⁸ Les Etats de l'A.E.L.E., qui ont adopté une déclaration relative à la Charte dans le contexte de l'Espace économique européen en connaissance de cause, ne sauraient nier tout rapport entre les modifications apportées, lors du sommet de Maastricht à la politique sociale communautaire et le droit évolutif de l'accord EEE. En outre, bien que l'article 119 de l'accord EEE ne mentionne que les annexes et les protocoles comme faisant partie intégrante de l'accord, la déclaration peut, conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne, jouer un rôle dans l'interprétation de ce dernier. Si la Communauté s'appuyait sur la déclaration faite à l'égard de la Charte pour en déduire des obligations à l'encontre des Etats de l'A.E.L.E., elle commettrait un *venire contra factum proprium*. En effet, comme la Charte n'a pas de valeur juridique obligatoire dans le cadre de la Communauté, on ne peut l'invoquer comme un instrument juridiquement contraignant au niveau de l'Espace économique européen.

En revanche, le seul fait que les décisions prises sur la base de l'accord des onze ne soient pas contraignantes pour tous les Etats membres de la Communauté ne permet pas d'affirmer que, *a fortiori*, elles ne le sont pas pour les Etats membres de l'A.E.L.E.. Ici encore, ces derniers ont souscrit à l'accord EEE ainsi qu'à la déclaration concernant la Charte sociale en connaissant l'évolution d'une politique sociale communautaire à deux vitesses.

Si dès lors, les actes adoptés sur la base de l'accord des onze peuvent en principe entrer en ligne de compte lors des modifications à apporter au droit de l'Espace économique européen, il n'en reste pas moins qu'une reprise ne s'imposera pas forcément pour toute directive édictée en vertu de l'article 2 de l'accord des onze. Il conviendra d'examiner, cas par cas, si l'acte en question est en rapport avec, soit les mesures de politique sociale destinées à faciliter la libre circulation des personnes, soit les dispositions horizontales de l'accord EEE relatives au droit du travail et à l'égalité entre hommes et femmes.

L'exemple d'une adaptation du droit de l'Espace économique européen à la future législation sociale communautaire montre que l'extension du droit aux ordres juridiques des Etats tiers posera un certain nombre de problèmes originaux. Et même si l'on considère l'Espace économique européen comme une phase transitoire vu les démarches d'adhésion entreprises par certains Etats de l'A.E.L.E., une partie des questions évoquées ci-dessus reviendra à l'ordre du jour lors d'un élargissement de la Communauté. Il s'agira, entre autres de décider si le concept d'une intégration à deux vitesses permettra

477 Voir le protocole sur la politique sociale.

478 Voir l'accord des Onze.

aux nouveaux Etats membres de s'abstenir à l'égard de l'évolution de l'une ou l'autre des politiques communautaires.

D. Conclusion

La juridicité en tant que caractéristique fondamentale du droit communautaire se manifeste à travers deux phénomènes: l'intensification des règles et l'extension sur des ordres juridiques externes. Quant au premier aspect, il apparaît que le devenir des normes, qui se fait par des étapes intermédiaires du droit, n'est pas le symptôme d'un manque de structures décisionnelles complètes propre à la Communauté; en fait il constitue bel et bien une réalité dans tout Etat démocratique. L'extension, quant à elle, traduit l'autorité du droit communautaire sur des ordres juridiques voisins. L'autorité externe du droit communautaire est d'autant plus grande qu'elle résulte d'un processus particulièrement complexe, impliquant la participation de douze Etats. Ainsi, le droit de l'Union se transforme progressivement en *ius commune* européen.

Table of Contents

Introduction	181
Chapter 1: The Development of the Union	187
I. The Treaty of Rome, Supranationalism and Intergovernmental Models	189
A. A Model of Integrated Structures	191
B. A System of Vertical Competences	192
II. The Treaty of Maastricht	195
Chapter 2: Emerging Institutional Issues	199
I. Maastricht and the Growth of Community Competences	200
II. Subsidiarity and its Limits	203
A. From Subsidiarity to Proportionality: The Rise of a Subsidiarity Principle	205
B. Subsidiarity as a Regulatory Principle	205
C. Improving Subsidiarity	208
D. Subsidiarity and the Role of the Legislative	209
E. The Legitimacy Issue	214
F. Alternatives to Judicial Intervention	216
III. Conclusion: Does Subsidiarity Matter?	220
Chapter 3: Towards a New Institutional Balance?	225
I. Strengthening of Democratic Legitimacy	226
A. A new role for the European Parliament	228
1. New Perspectives	230
2. Procedures and Competence	236
B. Alternative Institutions	238
II. Efficiency of Community Institutions	239
III. Open Questions	241
A. Voting and Limits	242
B. What Can be Done? The "New" Decision Procedures	243

by
RENAUD DEHOUSSE *

* European University Institute, Florence, Italy. I am indebted to a number of persons for their comments and suggestions on some parts of this work. I wish to thank in particular Mr. Emile Noël, Principal of the European University Institute, Professors Brian Bercusson, Luis Ma. Díez-Picazo, Christian Joerges and Giandomenico Majone from the EUI, and Professor Joseph Weiler from Harvard Law School. Not all of them share the views expressed in this piece; I alone am responsible for any shortcomings.

The Legacy of Maastricht: Emerging Institutional Issues

by

REINALD DEBOUSSÉ

European University Institute, Florence, Italy. I am indebted to a number of persons for their comments and suggestions on some parts of this work. I wish to thank in particular Mr. Guido Neel, Director of the European University Institute, Professor Brian Berman, Drs. Mr. Dick-Peter, Christian Jansen and Giandomenico Migone from the EUI, and Professor Joseph Weiler from Harvard Law School. Not all of them share the views expressed in this paper. I alone am responsible for any shortcomings.

Table of Contents

Introduction	187
Chapter I: The Structure of the Union	188
I. The Tension between Supranational and Intergovernmental Models	189
A. A More Integrated Structure	190
B. A System of Watertight Compartments?	193
II. An Evaluation	195
Chapter 2: The Subsidiarity Debate	199
I. Maastricht and the Growth of Community Competences	200
II. Subsidiarity and its Limits	203
A. From Subsidiary to Principal: The Rise of the Subsidiarity Principle	203
B. Subsidiarity as a Regulatory Principle	205
C. Implementing Subsidiarity	208
1. Is Subsidiarity Justiciable?	209
(a) The Functional Issue	209
(b) The Legitimacy Issue	214
2. Alternatives to Judicial Implementation	216
D. Conclusion: Does Subsidiarity Really Matter?	220
Chapter 3: Towards a New Institutional Balance?	223
I. Strengthening of Democratic Legitimacy	224
A. A New Role for the European Parliament	224
1. New Prerogatives	224
2. Parliament and Commission	226
B. Alternative Legitimacies	229
II. Efficiency of Community Institutions	230
III. General Assessment:	232
A. Winners and Losers	232
B. Who Gains from the 'Weld' Between Parliament and Commission?	233
C. Centre-Periphery Relations	235
Conclusion: What Political System for the Community?	238

Table of Contents

187	Introduction
188	Chapter 1: The Structure of the Union
	I. The Tension between Supranational and Intergovernmental Models
189	A. A More Incentive Structure
190	B. A System of Weighted Government
193	II. An Evaluation
199	Chapter 2: The Subsidiarity Debate
200	I. Maastricht and the Growth of Community Competences
201	II. Subsidiarity and its Limits
202	A. From Subsidiarity to Principle: The Rise of the Subsidiarity Principle
203	B. Subsidiarity as a Regulatory Principle
204	C. Implementing Subsidiarity
205	1. Is Subsidiarity Feasible?
206	(a) The Functional Issue
207	(b) The Legitimacy Issue
210	2. Alternatives to Judicial Implementation
211	D. Conclusion: Does Subsidiarity Really Matter?
217	Chapter 3: Towards a New Institutional Balance?
218	I. Strengthening of Democratic Legitimacy
219	A. A New Role for the European Parliament
220	1. New Proposals
221	2. Parliament and Commission
222	B. Alternative Legitimacies
223	II. Efficiency of Community Institutions
224	III. General Assessment:
225	A. Winners and Losers
226	B. Wins Gains from the 'Wild' Between Parliament and Commission?
227	C. Core-Policy Relations
228	Conclusion: What Political System for the Community?

Biography

Born in 1960, studied law at the University of Liège (Belgium) where he graduated in 1982. He holds a PhD in Law from the European University Institute (1988).

From 1985 to 1990 he was Research Fellow at the EUI and Executive Coordinator of its European Policy Unit. Since 1990, he has been Assistant Professor of Law at the EUI. Since 1989, he has been editor of the *European Journal of International Law*.

His main work has been on the law and politics of the European integration and on comparative federalism.

Main Publications

1992: *One European Market?* (ed. with R. Bieber, J. Pinder and J. Weiler) (1988).

Fédéralisme et relations internationales (1991).

Europe after Maastricht – An Ever Closer Union? (ed. 1994).

La Cour de Justice des Communautés européennes (1994, forthcoming).

Biography

Born in 1960, studied law at the University of Liège (Belgium) where he graduated in 1982. He holds a PhD in Law from the European University Institute (1988).

From 1982 to 1990 he was Research Fellow at the EUJ and Executive Coordinator of its European Policy Unit. Since 1990, he has been Assistant Professor of Law at the EUJ. Since 1989, he has been editor of the *European Journal of International Law*.

His main work has been on the law and politics of the European integration and on comparative federalism.

Main Publications

- 1992: *One European Market?* (ed. with R. Biesse, J. Forder and J. Weyler) (1988).
- Fédéralisme et relations internationales (1991).
- Europe after Maastricht - An Ever Closer Union? (ed. 1994).
- La Cour de Justice des Communautés européennes (1994, forthcoming).

Introduction

History is unpredictable. 1992 was to crown eight years of hard labour of the Community institutions, with the completion of the internal market and the launching of the European Union. Instead, the Community has been caught in one the most severe crises it has ever had to face. The rejection of the Maastricht Treaty by the Danish people and the narrow victory of the 'yes' vote in the French referendum have shown that European integration is encountering stronger resistance than expected at national level, while the monetary crisis of September 1992 has cast a shadow on the prospects for monetary union.

At the time of writing, the Maastricht Treaty was about to come into force, after having been through a difficult ratification process. However, its fate still remains unclear. It seems rather doubtful that the Treaty's integration agenda will be duly followed. In this context, commenting upon its main provisions might seem at the very least premature.

Yet this objection could be turned on its head, for it could be argued that the very resistance elicited by the Treaty has revealed important trends that have some bearing on many institutional issues. National governments, as well as large sectors of public opinion, look warily on an apparently endless growth of Community competences. The peoples of Europe have also given notice of the fact that they are no longer prepared to accept exclusion from the debate on how tomorrow's Europe should be governed.

These issues will remain irrespective of the fate of the Maastricht Treaty. Problems like subsidiarity or the balance of power between Community institutions will have to be addressed in the coming years. This, I would argue, is sufficient to justify an interest in the innovations introduced by this agreement: Maastricht *will* have a legacy no matter what happens.

Accordingly, this contribution will focus on three main items. Chapter 1 will analyse the structure of the European Union and its relations with the existing Community legal order. Chapter 2 will be devoted to the growth of Community competences and the subsidiarity issue. Chapter 3 will deal with the changes brought about by the Treaty in the Community's institutional structure.

Chapter 1

The Structure of the Union*

European union is by no means a new concept. The preamble to the EEC Treaty spoke as early as 1957 of 'creating an ever closer union among the peoples of Europe', and the abstract notion of European union was widely used in Community circles from the 1970s onwards. The Werner plan, the Tindemans report, the Solemn Declaration adopted by the Stuttgart European Council in 1983 all made use of it, as did the Single European Act.¹

In spite of this recurrent use – or maybe because of it – it is fair to say that the exact meaning of the expression has remained hazy. The concept of 'Union' did not refer to any clear form of government. It was generally accepted that establishment of the Union might involve a development of the supranational features of the European Community, as well as an extension of cooperation among the Member States to new areas. But exactly which form these changes would take remained unclear.

Léontin-Jean Constantinesco eloquently underlined the *raison d'être* of this situation:

L'intégration européenne n'est pas un *être* mais un *devenir*; elle n'est pas une situation acquise mais un processus; elle n'est pas un résultat, mais l'action devant mener à ce résultat.²

Yet this uncertainty did not deter the contracting parties to the Maastricht Treaty. Both the official name of the Treaty – 'Treaty on European Union' – and the substance of its provisions suggest that the establishment of a European Union was its primary institutional objective. Indeed, the very first provision of the Treaty states that

By this Treaty, the High Contracting Parties establish among themselves a European Union, hereinafter called 'the Union'.³

The purpose of this chapter is to analyse the kind of structure that was given to the Union and, in a second stage, the political scope of the decisions made by the intergovernmental conferences in which the Treaty was negotiated.

* A slightly amended version of Chapters 1 and 2 will appear in R. Dehousse (ed.), *Europe after Maastricht – An Ever Closer Union?* (1994).

1 See on this issue the reflections of E. Wellenstein, 'Unity, Community, Union – What's in a Name?', 29 *CML Rev.* (1992) 205-212.

2 'La nature juridique des Communautés européennes', *Annales de la Faculté de droit de Liège* (1979) 151.

3 Article A.

I. The Tension between Supranational and Intergovernmental Models

The course of the negotiations rapidly showed that the structure of the Union was one of the most delicate points to be solved by the Member States' representatives. Much time was spent debating whether the Union should be given a unitary structure, governed by Community discipline occasionally tempered by significant adjustments, or whether new areas of joint action, like the common foreign and security policy or justice and home affairs, should rather be governed by *ad hoc* rules. The discussions culminated in November 1991 with the rejection of the unitary model suggested by the Dutch Presidency and the adoption of the three-pillar structure proposed in the draft Treaty prepared by the Luxembourg Presidency.⁴

Underlying this sometimes esoteric discussion was a confrontation between radically divergent approaches to European integration. On one side were those who advocated a form of political integration based on the existing communities, the supranational features of which would be reinforced and gradually expanded to new areas. On the other side stood those who defended a more intergovernmental approach in order to avoid any undue erosion of their national sovereignty.

The tension between these two approaches is nothing new; it has characterized the history of European integration from the outset.⁵ Yet recent developments – the revival of the Community in the wake of the Single Market programme and the collapse of communist regimes in Eastern Europe – have given new vigour to an old quarrel.

The Single European Act had struck a compromise between these two trends. It was based on the idea, advanced for the first time in the Tindemans report, that European Political Cooperation and the Community were two distinct pillars on which European Union would one day be constructed.⁶ Although the institutional bridges between the European Community and existing EPC mechanisms were reinforced, their being governed in a single instrument did not entail an extension of Community methods to political cooperation. Article 3 of the Single Act clearly stated that each retained its own set of rules, contained in separate titles of the Act.

4 The various stages of the negotiations are reported in Durand, 'Le traité sur l'Union européenne (Maastricht, 7 février 1992) – Quelques réflexions', in *Le droit de la CEE – Commentaire Mégret*, Vol. 1, 2nd ed. (1992) at 359-364.

5 This continuity is well shown in Jacqué, 'Cours général de droit communautaire' *AEL* (1990), Vol. I, Book 1, 237-360, especially at 247-256. See also de La Serre, 'Le traité d'Union européenne', 180 *La documentation française – Regards sur l'actualité* (1992) 3-22.

6 De Schoutheete, 'Le rapport Tindemans dix ans après', *Politique étrangère* (1986) 527-538.

The Maastricht Treaty is based on a similar compromise. The supranational character of the Community has been reinforced, although with some reservations.⁷ Existing mechanisms of intergovernmental cooperation, such as European Political Cooperation and cooperation among Ministers for Justice and Home Affairs, have been structured or reinforced. Yet although the European Union is endowed with a single institutional framework, more integrated than the structure established by the Single Act, these areas have not been integrated into Community framework. The newly created Union thus rests on three separate pillars, each governed by its own set of rules. As we shall see, however, this does not mean that the system established by the Maastricht Treaty is one of watertight compartments.

A. A More Integrated Structure

The Union established by the Maastricht Treaty has often been depicted as a hybrid creature.⁸ According to Article A, the new body is founded on the existing Communities, which each retain their separate existence, flanked by two intergovernmental pillars, the common foreign and security policy (CFSP) and cooperation in the fields of justice and home affairs. The Union is assigned its own objectives, which are – broadly stated – those of each pillar. Broad principles – subsidiarity,⁹ respect for national identities, for human rights and democracy¹⁰ – govern its action. Citizenship of the Union is also established, though the relevant provisions oddly appear in the EC Treaty.¹¹ Common provisions govern the revision of the Treaty and the admission of new members;¹² membership of the Community cannot therefore be dissociated from membership of the Union.

More importantly, the Union is to be 'served by a single institutional framework'.¹³ The meaning of this somewhat elliptic statement is made clear in later parts of the Treaty, which indicate that some Community institutions – Parliament, Council and Commission – are 'graciously put at the disposal of the Union'.¹⁴ The other institutions are denied any role in the functioning of the Union – explicitly in the case of the European Court of Justice,¹⁵ implicitly in the case of the Court of Auditors. Formally speaking, the

7 See Chapter 2.

8 See, e.g., 'Editorial Comments, "Post-Maastricht"', 29 *CML Rev.* (1992) 199-203.

9 Article A states that 'decisions are taken as closely as possible to the citizen', while Article B explicitly refers to the subsidiarity principle.

10 Article F.

11 Articles 8 to 8e.

12 Articles N and O, respectively.

13 Article C.

14 C. Timmermans, in *L'Union européenne après Maastricht* (1992) at 51. See Articles J.11(1) (common foreign and security policy) and K.8(1) (justice and home affairs).

15 Article L.

European Council – which sees its guidance mission confirmed – appears as the only institution that is solely of the Union. This notwithstanding, the solution that has prevailed, while legitimizing the recent practical evolution, has put an end to the artificial and at times rigid separation that existed between Community matters and foreign policy issues dealt with in the EPC framework: from now on both should be dealt with by the Council, albeit according to different rules.

Be that as it may, institutional unity is far from complete. In addition to the exclusion of the Court of Justice, to which I shall return in a moment, the Treaty explicitly states that decisions pertaining to each pillar are to be prepared in distinct *fora*. Whereas in theory the role of COREPER in Community policies is not challenged, the Political Committee, which has always been at the core of the EPC process, will retain its role as regards common foreign and security policy,¹⁶ and a committee of senior officials will play a similar role in the fields of justice and home affairs.¹⁷ Moreover, decisions adopted in the field of security policy may, if necessary, be implemented by the Western European Union, which will further reinforce institutional fragmentation. Given the insistence by some Member States on the necessity of retaining distinct decision-making processes, coordination among these various bodies is likely to be a delicate task. This probably accounts for the greater profile given in the Maastricht Treaty to the Secretary-General of the Council,¹⁸ on whose shoulders this burden will primarily fall.

Consistency in the various policies pursued by the Union will not be the only problem. When reading the relevant provisions of the Treaty, one cannot avoid the impression of institutional weakness. This impression is generated by two elements. First, the Union lacks any financial autonomy: all expenditure incurred in the framework of the two intergovernmental pillars must be borne either by the Community budget or by the Member States.¹⁹ Second, the Union as such enjoys no legal personality.

Both elements seriously restrict the Union's capacity to act. It may of course be able to act through the Communities, which retain their separate legal existence,²⁰ or by means of international agreements among the Member States, as envisaged for instance in the fields of justice and home

16 Article J.8(5).

17 Article K.4(1). This Committee will also occasionally intervene in the preparation of Council decisions concerning visas to be required from nationals of third countries; see Article 100d.

18 See new Article 151 of the EC Treaty. A declaration included in the Final Act of the intergovernmental conference states that the European Political Cooperation Secretariat should be merged with the General Secretariat of the Council.

19 Articles K.8(2) and J.11(2).

20 This possibility is contemplated for economic sanctions against third states; see Article 228a.

affairs.²¹ But solutions of this kind are always full of problems and uncertainties. The following example has been suggested: imagine that damages are caused by an observers' mission sent to a third country by some Member States, on the basis of a decision by the Council of Ministers of the European Community, taken in the framework of the CFSP but financed in part by the Community budget. Who would be internationally responsible?²²

Legal constructs always have symbolic value, and the three-pillar structure is no exception to the rule. It clearly reflects the reluctance shown by some Member States towards the development of the Community as a political body. At the same time, the stakes are far from being merely symbolic. I have indicated above that the two intergovernmental pillars remain governed by their own sets of rules.²³ Although these rules occasionally differ, common elements dominate, and they all point in the same direction: supranational institutions like the Commission or the European Parliament – not to mention the European Court of Justice – play a far lesser role than they do in the Community framework.

The Commission now enjoys a right of initiative in common foreign and security policy, which had never been formally recognized in the past.²⁴ The same is true for many matters falling under the provisions on justice and home affairs²⁵ – the so-called 'third pillar' –, in which the status of the Commission was even weaker than in EPC. However, the upgrading of the Commission's role is limited: unlike in the Community framework, its right of initiative is shared with the Member States, and unanimity is not required to alter its proposals in the few instances where majority voting is possible.²⁶

Likewise, as the European Parliament is in general only to be consulted or even merely informed of developments within the Union's intergovernmental policies, it cannot be regarded as a party to the decisions that will be made. The Council remains the main decision-maker, and Member States' prerogatives are protected by the fact that unanimity has remained the rule – a rule with very few exceptions, as majority voting is only foreseen for procedural matters and implementing decisions.²⁷ Thus, the supranational features that make for the institutional specificity of the European Community are largely absent from the two intergovernmental pillars.

21 Article K.3(2)(c). Decisions taken in the framework of the common foreign and security policy might take a similar form. Article J.3(4) stipulates that 'joint actions shall commit the Member States in the positions they adopt and in the conduct of their activity'.

22 Timmermans, *supra* note 14, at 51.

23 See Article E.

24 Article J.8(3).

25 See Article K.3(2).

26 Article 189A(1), which contains the unanimity rule that previously appeared in Article 149 of the EEC Treaty, is not listed among the institutional provisions applicable to the intergovernmental pillars (see Articles J.11(1) and K.8(1)).

27 Articles J.8(2) and J.3(2) for the CFSP; Articles K.4(3) and K.3(2) for justice and home affairs.

B. A System of Watertight Compartments?

The originality of the structure which has been described lies in the compromise attempted between two different models: the integrated Community model and the more loosely structured world of intergovernmental cooperation. Great care has therefore been taken to avoid any risk of contamination between these two worlds.

Once again, national governments have offered evidence of their aversion to 'judicialization' of diplomatic processes.²⁸ The European Court of Justice, which by its pro-integration rulings has greatly contributed to the strengthening of the Community's legal system, has seen its jurisdiction confined to the European Communities and to the final provisions of the Maastricht Treaty.²⁹ The only intervention foreseen in the two intergovernmental pillars is the possibility for the Court to be given competence to interpret conventions concluded by the Member States in the framework of their cooperation in the fields of justice and home affairs, and to rule on disputes regarding their application.³⁰ A similar exclusion had already been provided for in the Single Act.³¹ It clearly suggests that in the view of the Treaty drafters, the institutional bridges set up between the Community and the intergovernmental pillars should not lead to a complete absorption of the latter into the former.

In a similar manner, the upholders of the Community system insisted throughout the negotiations on the necessity of preserving the supranational features that make for its specificity against any interference from intergovernmental cooperation. As a result, preservation of the *acquis communautaire* has been raised to the level of 'objective of the Union'³² – which would appear to be a fairly conservative approach for a newly established body, if it were not for the above-mentioned fears! More concretely, Article M excludes any possibility that the provisions governing the intergovernmental pillars might be read as amendments of the Community treaties. This is confirmed by several provisions scattered throughout Titles V and VI of the Treaty, which explicitly state that they are 'without prejudice to the powers of the European Community'.³³

28 See Stein, 'European Foreign Affairs and the Single European Act', 23 *International Lawyer* (1989) 977-994, at 987.

29 Article L. As a result, Article F, which assimilates fundamental rights to general principles of Community law, cannot be read as a formal recognition of the Court's jurisdiction to protect these rights.

30 Article K.3(2)(c).

31 Compare Dehousse and Weiler, 'EPC and the Single Act: From Soft Law to Hard Law?' in M. Holland (ed.), *The Future of European Political Cooperation – Essays on Theory and Practice* (1991) 121-142, at 135.

32 Article B.

33 See, e.g., Articles J.8(5), K.1, K.3(2)(c), K.4(1).

However, it cannot be said that the Treaty has set up a system of watertight compartments. Matters dealt with in the framework of the intergovernmental pillars are too closely connected to Community matters for a rigid separation to be maintained.

In the past, it had already emerged that drawing a clear line between international economic policy, which falls in the realm of Community competences, and foreign policy matters, dealt with in the framework of European Political Cooperation, was not always possible. Similarly, the conditions of residence by nationals of third countries on the territory of Member States, which is one of the areas covered by the new provisions on cooperation in the fields of justice and home affairs, has already been touched by Community directives.³⁴

Clearly, the Treaty drafters were aware of this kind of interdependence, which was often mentioned as one of the *raisons d'être* of the setting up of a single institutional structure. Specific provisions occasionally attempt to regulate the relationships between the two worlds – the Community one and the intergovernmental one. Thus for instance the new Article 228a, dealing with economic sanctions, establishes a two-step procedure: the resort to sanctions must be decided upon by common position or joint action – which, according to the provisions on the common foreign and security policy, require a unanimous decision of the Council – while the actual sanctions must be adopted according to standard Community procedures for commercial policy matters, i.e. by the Council acting by a qualified majority on a proposal from the Commission.

Such a solution clearly aims at preserving the spirit of both worlds.³⁵ But it also suggests that from a legal point of view, a clear-cut separation between matters dealt with within the three-pillars is not always possible. This in turn makes it difficult to exclude any intervention by the Court of Justice in matters dealt with in the framework of the two intergovernmental pillars.³⁶ To return again to the example of economic sanctions: suppose that a decision to sever all economic relations with a third state is adopted in the framework of the CFSP, and implemented by the Member States irrespective of the Community's exclusive competence as to commercial policy. Even if, by virtue of Article L, the Commission is prevented from challenging the

34 See the symposium on 'The Status of Non-Community Nationals in EC Law', 3 *EJIL* (1992) 36-91.

35 In doing so, the Treaty on European Union actually did no more than confirm prior practice, for the Commission had indicated in the past that a consensus within EPC was a prerequisite to the adoption by the Community of economic sanctions. See the statement by Commissioner De Clercq before the European Parliament on 11 September 1985 cited by Nuttall, 'Interaction between European Political Cooperation and the European Community', 7 *Yearbook of European Law* (1987) 211-249, at 233.

36 The following remarks draw on Dehousse and Weiler, 'EPC and the Single Act', *supra* note 31 at 135-136.

legality of such a decision on the basis of Article 173 of the EC Treaty, it could use the infringement procedure provided by Article 169, and sue the Member States jointly for having violated their Treaty obligations.³⁷ The same would be true of a decision on customs cooperation adopted in the framework of the third pillar,³⁸ if it purports to ignore the existence of the common customs tariff.

Questions concerning the demarcation between intergovernmental cooperation and matters of Community competences are of equal relevance to both legal orders. By way of consequence, any possibility of judicial scrutiny of decisions adopted in the framework of intergovernmental cooperation cannot be excluded.

II. An Evaluation

The first comments on the Maastricht Treaty have displayed some scepticism. European Union has been described as a hybrid structure, a 'house half-built ... suddenly abandoned by its builders'.³⁹ Several commentators have stressed the inelegant character of the pillars structure established by the Treaty.⁴⁰ The dividing lines are at times difficult to draw, and coexistence between the various elements might prove difficult.

Even if correct, this form of evaluation is of little help in making sense of the intricate structure set up in the Treaty. I have tried to show above that this complexity is intrinsically linked to a confrontation between two approaches to integration matters: the Community approach, with its emphasis on supranationalism, and the intergovernmental one, which aims at preserving the Member States' autonomy. This compromise explains why the Union, although it has been given a single institutional structure, still operates under two distinct regimes.

It is difficult to say why exactly the establishment of the European Union took this strange form. Clearly, belonging to a common group – be it called community or union – necessarily entails a degree of cohesion *vis-à-vis* the outside world. Seen in this light, the establishment of a common foreign and security policy or a common immigration policy – for this is what the third

37 As is known, a somewhat similar situation was at the basis of the celebrated *ERTA* case (Case 22/70), *Commission v. Council* [1970] ECR 263. See also Everling, 'Reflections on the Structure of the European Union', 29 *CML Rev.* (1992) 1053-1077, at 1063, who suggests a possibility of indirect review of European Council decisions, in case the validity of Community decisions based on the latter is challenged before the Court.

38 Article K.1(8).

39 'Editorial Comments', *supra* note 8, at 202.

40 See, e.g., Louis, 'Les accords de Maastricht – Un premier bilan', 4 *Revue du marché unique européen* (1991) 5-10, Everling, *supra* note 37, at 1059-64.

pillar is about – makes sense in these times of rapid changes, where many of the scars of the Second World War have been healed by history. But in doing so the core of national sovereignty has been touched. This may explain both the insistence of some on maintaining such delicate themes outside of the Community framework, and the reactions provoked by the Treaty in many a country.

Thus, Maastricht did not put an end to the debate between supranationalists and intergovernmentalists, which has been going on for decades. The antagonistic visions of the institutional future of the European continent which were defended by the participants in the intergovernmental conference still remain. In many respects, the transitory character of many decisions represented a way around a difficult debate.

It is even difficult to determine which of the two camps actually prevailed at this stage. The very existence of the pillars structure, imposed by a determined minority among the Member States, has largely been viewed as a victory for the intergovernmentalists. Conversely, insertion of the provisions on economic and monetary union within the Community framework scored an important victory for the integration camp.

For all its complexity, the birth of a European Union should not be seen as an end, but rather as 'a new stage in the process of creating an ever closer union between the peoples of Europe', as described in Article A. Several bones of contention, such as the scope of the co-decision procedure or the Commission's proposal to modify the hierarchy of norms provided by the EC Treaty,⁴¹ have been put aside with a pledge that they would be reconsidered by an *ad hoc* intergovernmental conference, to be convened by 1996 at the latest.⁴² Naturally, further provisions could be reconsidered in the light of internal and external developments.

What will then become of this 'Union without unity', as it has been called?⁴³

Giving a clear answer to such a simple question is a difficult exercise. One might note that the Member States have subscribed to a language that would seem to announce a further strengthening of the Community pillar. I have already mentioned the many statements which aim to preserve Community methods against any undue intergovernmental interference. One might also mention that whereas the Treaty foresees the possibility of a 'communitarization' of many matters debated in the framework of coopera-

41 See respectively Article 189b(8) of the EC Treaty and the declaration on the hierarchy of Community acts in the final act of the intergovernmental conference. Similar commitments were made as regards the common foreign and security policy (Articles J.4 and J.7), as well as for a possible extension of Community competences to include matters of civil protection, tourism and energy policy, which are covered by an *ad hoc* declaration.

42 Article N(2).

43 F. de La Serre, *supra* note 5, at 21.

tion in the fields of justice and home affairs,⁴⁴ no mechanism is provided whereby Community matters could be re-transferred to the less integrated world of intergovernmental cooperation. Moreover, even if the reference to the 'federal vocation' of the Union which existed in the draft of the Luxembourg Presidency has eventually been omitted, a combined reading of Articles N(2) and B would suggest that the revision to come should not limit itself to a mere consolidation of existing forms of cooperation, but rather build on the *acquis communautaire*.

However, formalist references of this kind are clearly unable to make such changes become reality. The manifold difficulties that have emerged in the ratification process should warn us against the dangers of attempting any kind of prediction on such a thin basis.

One possible scenario would be that the pillars structure established by the Treaty will lead to a situation of 'dynamic imbalance': being institutionally better equipped, and thus able to operate more efficiently, the Community pillar will be able to play a more active role than the intergovernmental ones. Functional needs could then lead to the gradual taking over of an increasing number of tasks at Community level.

However, this scenario suffers from a major weakness: for such a prospect to materialize, Member States would have to accept the prospect of a further development of the Community, whereas recent developments have provided ample evidence that several among them are no longer willing to accept similar spill-overs.

True, several national governments have indicated that in their view, the current consensus-based system would not be viable if membership of the Union were to increase significantly. This amounts to an indirect criticism of the pillars structure, which was conceived to preserve national sovereignties. Yet the view which holds that an enlargement limited to a few EFTA countries should not entail drastic institutional changes has gained ground in the face of the many difficulties encountered during the ratification debates. Alternatively, one should not lose sight of the fact that in the institutional debates to come, the European Parliament will play a far more important role than it has in the past, as it will have to give its assent to any enlargement of the Community.⁴⁵ It could therefore condition its approval to a curtailment of intergovernmental cooperation, in which its powers are kept to a minimum.

The power play will therefore be complex, and its outcome should not be taken for granted.

44 Article K.9, which provides a two-step procedure (unanimous decision by the Council, ratified by the Member States in accordance with their respective constitutional requirements). A similar mechanism is contemplated in Article 8e for provisions strengthening European citizenship.

45 Article O.

There is, for instance, a widespread tendency to regard the pillars structure as an anomaly, imposed due to a lack of consensus on what the proper structure of the Union should be, and which is bound to be superseded when the time is ripe. Because of its complexity, intergovernmental cooperation is often viewed as a kind of second best alternative to a more ordered structure, decentralized though the former might be.

This kind of consideration often stems from a misunderstanding of the reality of federalism, which is often viewed – at least in Europe – as a system of centralized decision-making.⁴⁶ It might therefore be worth pointing out that federalism and intergovernmentalism are not mutually exclusive. In our world of interdependence, elements of intergovernmentalism can be discerned even in truly federal systems, where the component units and the federal authorities are called upon to collaborate in areas of joint interest. At times, the structures and the processes through which such cooperation takes place – ministerial meetings in which a large majority or unanimity is required for a decision to be made – are reminiscent of a situation familiar to the observers of the Community scene.

This is not to say that the current pillars structure should or will remain but rather that, even if it were to be altered, intergovernmental cooperation would not altogether disappear: the functional reasons which have brought about its growth in federal systems would *a fortiori* justify its continued existence in the framework of European Union.

46 See in this respect the remarks of L. Cohen-Tanugi, *L'Europe en danger* (1992) at 75-83.

Chapter 2

The Subsidiarity Debate

In federal systems, which constitute an obvious reference point for the European Community, power is distributed along two axes: between federal institutions on the one hand, and between the centre and component units on the other. Chapter 3 will focus on the first, horizontal, axis and try to identify the changes in the relationships among Community institutions. As regards the vertical axis, the central questions in most ratification debates have been the following. First, how much power will the Treaty take away from the Member States of the Community? And second, are there limits to the gradual erosion of States' prerogatives, and the correlative growth of Community powers? This chapter will attempt to answer these two basic questions.

Before entering into the merits of the discussion, it is useful to first define a few parameters whereby change can be measured. Conceptually, it can be said that powers are taken away from the Member States in three kinds of situations. First, when the Community is granted new competences: even if these are not exclusive, the supremacy principle implies that whenever the Community acts, the margin of discretion enjoyed by the Member States will be reduced by Community discipline. Second, Member States' prerogatives are also reduced when the Treaty provides for a majority vote, as this makes it possible to bypass the opposition of one or more of them when adopting a given Community provision. Third, further powers are taken away from the Member States whenever there is an increase in the powers of the European Parliament, since this result is normally achieved at the expense of the Council, which is the main representative of national governments within the Community system.

At all three levels, the Single European Act had already prompted significant change. Constitutional recognition has been given to the capacity of the Community to act in fields such as economic and social cohesion, research and development and environmental protection. Majority voting was introduced in a number of areas in order to allow the implementation of the single market programme. Subsequently, the rules of procedures of the Council were even modified to facilitate the resort to voting.⁴⁷ Lastly, against every – including Parliament's – expectation, the establishment of the cooperation procedure has significantly increased Parliament's say in the legislative process. All these changes have considerably swiftened the Community

47 The voting procedure can now be initiated at the request of one Member State or of the Commission, provided a simple majority of the Council's members agrees. See Article 5 of the Council's Rules of Procedure, OJ L 291 of 15 October 1987.

decision-making process.⁴⁸ By the same token, however, Member States' powers in the Community system have suffered a first reduction – which demonstrates that there exist close links between the vertical and horizontal axes referred to earlier.

I. Maastricht and the Growth of Community Competences

Turning to the Maastricht Treaty, the changes appear even more impressive.

Formal Treaty recognition has legitimized Community intervention in no less than nine new areas, some of which had hardly been touched by the Community in spite of the generous wording of Article 235, which empowers the Council to act in order to 'attain ... one of the objectives of the Community'. These new competences include fields as diverse as European citizenship,⁴⁹ visa policy,⁵⁰ education,⁵¹ culture,⁵² public health,⁵³ consumer protection,⁵⁴ the creation of trans-European networks in the areas of transport, telecommunications and energy infrastructures,⁵⁵ industry,⁵⁶ and development cooperation.⁵⁷ In addition, fields of activity which were already envisaged by the EEC Treaty have been substantially expanded. This applies of course primarily to economic and monetary union which, although formally mentioned, was only loosely structured in the past. The same is also true for economic and social cohesion,⁵⁸ as well as for vocational training.⁵⁹

Thus, the spectrum of Community competences has been spectacularly enlarged. The scope of the phenomenon is further reflected in two small changes: the overall catalogue of Community activities contained in Article 3 has jumped from eleven to twenty items, and the old EEC has been renamed 'European Community' *tout court* by the Maastricht Treaty. This latter

48 There is no shortage of works on the Single Act and its implications for the European Community. The most exhaustive analysis is to be found in J. De Ruyt, *L'Acte unique européen* (1988). See also Dehousse, '1992 and Beyond: The Institutional Dimension of the Single Market Programme', *Legal Issues of European Integration* (1989-I) 109-136, for an analysis of the dynamics of institutional change, and Ehlermann, 'The "1992 Project": Stages, Structures, Results and Prospects', 11 *Michigan Journal of International Law* (1990) 1097-1118, for an assessment of the impact of the Single Act on the decision-making process.

49 Articles 8 to 8e.

50 Articles 100c and d.

51 Article 126.

52 Article 128.

53 Article 129.

54 Article 129a.

55 Articles 129b to 129d.

56 Article 130.

57 Articles 130u to 130y.

58 Articles 130a to e.

59 Article 127.

change has a clear symbolic meaning: in the presence of such diverse spheres of interest, it was difficult to argue that the Community remained exclusively concerned with economic integration.

This widening of Community competences has been supplemented by institutional changes which have contributed to a loosening of the Member States' grip over the Community decision-making process.

Even if the Commission's desire to see majority voting become the rule has been partly frustrated, the opportunities for such voting have been greatly increased. Majority voting is envisaged for the adoption of at least some measures in most of the new Community competences. In only two areas – culture and industry, where the legitimacy of Community intervention was the object of heated debate, albeit for different reasons – is any possibility of voting excluded. Likewise, in the case of environmental policy, majority voting, which was exceptional under the Single Act, will now become the rule. The same is also provided for decisions the sensitivity of which can hardly be denied, such as determining those countries whose nationals should be in possession of a visa in order to enter the Community,⁶⁰ or whether the conditions for adopting a single currency are met.⁶¹

As the increase in the powers of the European Parliament is addressed elsewhere in this contribution,⁶² I shall therefore limit myself here to mentioning that the newly established co-decision procedure will be used in most new fields of Community competence⁶³ and that provision has also been made for it in areas ranging from internal market policy⁶⁴ to environmental protection.⁶⁵ The assent of Parliament is also required for a series of measures having a quasi-constitutional nature. Lastly, the cooperation procedure has been extended to no less than thirteen new areas: broadly speaking, it is envisaged for the implementation of general programmes⁶⁶ or for the adoption of legislative acts in the framework of economic and monetary policy.⁶⁷

All these elements point in the same direction. Never in the past had the Community seen such a far-reaching expansion of its competences, nor such a sharp development of its supranational features. On all counts the

60 From 1 January 1996 only; see Article 100c(3).

61 Such a decision will be made by the Council 'meeting in the composition of Heads of State or of Government'. See Article 109j(3).

62 See below Chapter 3.

63 Industry and visa policy being the only fields where this procedure is not foreseen.

64 Article 100a.

65 For the adoption of general action programmes; see Article 130s(3).

66 See, e.g., Articles 129d(3) (European networks), 130e (economic and social cohesion), 130o(2) para. 2 (research and development) and 130s(1) (environmental protection).

67 See Articles 103(5) (adoption of rules for the multilateral surveillance of Member States' economic policy), 105a(2) (harmonization of rules governing the circulation of coins in the Community), 104a(2) (rules prohibiting credit facilities to public institutions) and 104b(2) (rules prohibiting certain financial commitments to the European Central Bank, the Community, or Member States).

Maastricht Treaty goes much further than any prior institutional reform, Single Act included.

However, such a statement must be immediately qualified. For never in the past had the Member States' reluctance to accept the growth of Community powers been so palpable. Both the pillars structure described in Chapter 1 and the special agreement on social policy owe their existence to the unwillingness of some governments to accept the development of Community action in the areas involved. Similar reservations are also apparent in the provisions governing the exercise by the Community of its new competences, sometimes at the expense of style. Thus, for example, the Community is given the power to contribute to the development of education, but its action must respect 'the responsibility of the Member States for the content of teaching and the organization of education systems and their cultural and linguistic diversity';⁶⁸ Community cultural policy must respect the national and regional diversity of the Member States;⁶⁹ consumer protection policy 'supports and supplements action by the Member States';⁷⁰ development co-operation policy 'shall be complementary to the policies pursued by the Member States';⁷¹ etc. Means of action granted to the Community also bear the mark of similar concerns: the Community is often invited to 'encourage' or 'promote' cooperation between the Member States or to adopt incentive measures, but many new provisions explicitly prohibit any kind of harmonization of national laws and regulations.⁷²

In strict legal terms such provisions are as much limiting as they are enabling. A whole range of activities which were previously possible under Article 235 or other general heads of competence are now explicitly excluded: a text like directive 89/662, which imposed uniform labelling requirements for cigarette packs in order to protect human health, could not be adopted under the new Article 129. In other words, one cannot help but conclude that the aim of the Treaty drafters was not only to make Community intervention possible beyond the sphere of economic integration, but also to ensure that such intervention will not exceed certain limits.

The coexistence within one single document of such contradictory intents should not be viewed as an inconsistency, but rather as one more reflection of the clash between the different visions of the Community's *raison d'être* that permeated negotiations within the intergovernmental conference.⁷³ Similarly, at the time of the Single Act, a significant *quantum leap* had been

68 Article 126. A similar formulation appears in Article 127 as regards vocational training.

69 Article 128.

70 Article 129a(1)(b).

71 Article 130u(1).

72 See, e.g., Articles 126(4) (education), 127(4) (vocational training), 128(5) (culture), and 129(4) (public health).

73 See *supra* Chapter 1.

made possible only at the price of the insertion into the Treaty of a number of derogation clauses, which were severely criticized.⁷⁴ Although the technique used in the Treaty on European Union differs, the spirit has remained unchanged.

II. Subsidiarity and its Limits

A. From Subsidiary to Principal: The Rise of the Subsidiarity Principle

Member States' reluctance to accept a growth of Community competences is not only apparent in the provisions governing the Community's new policies; it has also led to the formal recognition of the subsidiarity principle in the Treaty.

The emergence of this principle, which has rapidly gained fame in Community circles, is a story worth telling, if only in a few words.⁷⁵ As is now widely known, the concept of subsidiarity has ancient roots in European political philosophy. It is primarily invoked – by the Catholic church amongst others, – as a general principle of social organization protecting the private sphere against any undue interference from the state, the latter being called upon to intervene only when action by private parties was unable to reach certain objectives. In some federal systems the same principle is used as a 'rule of reason',⁷⁶ to draw a line between the respective competences of the centre and the component units: preference is to be given to action at a level as close as possible to the citizen.⁷⁷

74 See for example Pescatore, 'Observations sur l'Acte unique européen' in *L'Acte unique européen* (1986) 39-66.

75 See V. Constantinesco, *La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses Etats membres: l'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité*, report presented at the conference on 'The Institutions of the European Community after the Single European Act: The New Procedures and the Capacity to Act. Balance Sheet and Perspectives in View of the Intergovernmental Conferences', Bruges, 1990; M. Wilke and H. Wallace, *Subsidiarity: Approaches to Power-Sharing in the European Community*, RIIA Discussion Paper No. 27 (1990).

76 Constantinesco, 'La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne', *Aussenwirtschaft* (1991) 439-459, at 447.

77 Article 72(II) of the German Basic Law, for instance, provides that
 'The Federation shall have the right to legislate in ... matters [of concurrent competence] to the extent that a need for regulation by federal legislation exists because:
 1. a matter cannot be effectively regulated by the legislation of individual Länder, or
 2. the regulation of a matter by a Land law might prejudice the interest of other Länder or of the people as a whole, or
 3. the maintenance of legal or economic uniformity, especially the maintenance of uniformity of living conditions beyond the territory of any one Land, necessitates such regulation.' Translation in A. Blaustein and G. Flanz (eds), *Constitutions of the Countries of the World* (August 1991) at 110.

Although some elements of the Community's institutional structure bore some resemblance to this approach,⁷⁸ the concept was not used as such in reference to the Community until very recently. Given the Member States' near total control over the decision-making process, it was difficult to argue that their sovereign powers were really endangered by European integration. However, things were to change with the Single European Act, which provided simultaneously for a broadening of the Community's sphere of competence, and for a more systematic use of majority voting: not only was the Community increasingly to intervene in areas such as culture or environmental protection, where subnational bodies have traditionally been active but, equally importantly, it was now at times able to bypass the opposition of one or a few Member States. This combined development⁷⁹ offers a good illustration of the links existing between the vertical and the horizontal dimensions of federalism, discussed above. For the first time in the history of the Community the fear of a centralist drift, occasionally inflamed by the behaviour of Community institutions,⁸⁰ became more than a rhetorical statement in the mouths of a handful of politicians.

Centre-periphery problems of this kind are common in federal systems. Yet at Community level, the problem is made somewhat more acute by the fact that the Community enjoys a *functional* competence: the Community has been empowered to perform certain tasks which are necessary to achieve the general objectives listed in Article 2 of the Treaty. Moreover, some provisions drafted in broad terms enable it to take whatever measure needed to establish a common market (Articles 100 and 100A) or simply to achieve 'objectives of the Community' (Article 235). This has allowed a number of incursions into fields where the Community had not been granted an explicit competence – hence the gradual extension of Community activities that was noted from the 1970s onwards.

78 See Kapteyn, 'Community Law and the Principle of Subsidiarity', *Revue des affaires européennes* (1991) 35-43, at 38-39, who cites among other elements Article 235 of the EEC Treaty, the use of directives which 'leave to the national authorities the choice of forms and methods' whereby their objectives should be achieved (Article 189), and the principle of proportionality. See also Constantinesco, *supra* note 76 and the report on the subsidiarity principle prepared by Mr. Giscard d'Estaing for the Institutional Committee of the European Parliament, Doc. PE A3-163/90 of 22 June and 4 July 1990. For a radically opposed view, see Toth, 'The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty', 29 *CML Rev.* (1992) 1079-1105, at 1080-86.

79 The importance of which is stressed in Weiler, 'The Transformation of Europe', 100 *Yale Law Journal* (1991) 2403-83, at 2462-63.

80 See the criticisms of Hailbronner, 'Legal Institutional Reform of the EEC: What can we Learn from Federalism Theory and Practice?', *Aussenwirtschaft* (1991) 485-496. The fears of the German *Länder* were expressed forcefully in the *Bundesrat* at the time of ratification of the Single Act. See Hrbek, 'The German Länder and the European Community. Towards a Real Federalism?', in W. Wessels and E. Regelsberger (eds.), *The Federal Republic of Germany and the European Community: The Presidency and Beyond* (1988) 215.

In this context the idea of assigning clear limits to the growth of Community powers gradually gained ground. Not surprisingly, the Single Act contained a first reference to the subsidiarity principle: in the field of environmental policy, the Community was to act only 'to the extent that the objectives [of environmental policy] can be attained better at Community level than at the level of the individual Member States'.⁸¹ Representatives of European regions subsequently claimed that subsidiarity should be enshrined within the treaty, while they should be granted the power to initiate proceedings against Community acts adopted in violation of this principle.⁸²

In the course of the intergovernmental conference, the idea of formal recognition of subsidiarity was supported both by the Commission, eager to give evidence of its own moderation, and by some Member States, alarmed by the seemingly endless growth of Community powers. For a majority of actors in the Community process, subsidiarity had thus become a principal concern. This broad consensus was not flawless, and occasionally led to curious contrasts: the implications of subsidiarity in the field of monetary policy, for example, were radically opposed, depending on whether they were identified by the United Kingdom or by the Commission.⁸³ Be that as it may, the convergence of divergent interests once again had a strong impact on the negotiations, as is apparent from the agreement reached in Maastricht.

B. Subsidiarity as a Regulatory Principle

The very first provision of the Maastricht Treaty states that decisions are to be taken 'as closely as possible to the citizen'. How this result is to be achieved is explained in Article 3b, which formally establishes two rules which up to now had enjoyed the status of general principles of Community constitutional law: the principle of attributed powers⁸⁴ and the principle of proportionality.⁸⁵ Subsidiarity proper is defined in paragraph 2 of the same provision, which is worth quoting in full as the wording is of some importance:

In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the

81 Article 130r(4).

82 See the motion adopted by the Assembly of European Regions in December 1990, *Regions of Europe* (2/1990) at 56-59.

83 See F. Dehousse, 'La subsidiarité, fondement constitutionnel ou paravent politique de l'Union européenne?', *Liber Amicorum E. Krings* (1990) 51-59.

84 'The Community shall act within the limits conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein.'

85 'Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty.'

Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community.

The redundancies in these few lines hint at just how eager national governments were to protect their prerogatives against any undesired Community intrusion. This concern is also reflected in the wording of Article 3b. In theory, subsidiarity could have been used as a double-edged sword: negatively, to protect Member States' prerogatives against undue Community interference; but also positively, to allow the Community to act should such action appear necessary.⁸⁶ Yet, only the negative formulation was retained in the final version: as it stands, Article 3b might be invoked to regulate the use the Community makes of its competences, but not to grant it additional powers.⁸⁷ This, it is submitted, is a precise *résumé* of the political objectives this provision is meant to achieve.

The scope of Article 3b confirms the above interpretation. First, although subsidiarity has been raised to the level of general principle of the European Union, Article 3b appears in the EC Treaty rather than in the common provisions, which suggests that Community competences were the primary target. Second, the use by the Community of its exclusive competences is not governed by the subsidiarity principle. This seems logical: whenever the Community is under an obligation to act and the Member States are deprived of the necessary powers, there can be no question of subsidiarity. In contrast, subsidiarity will play an important role only in areas in which powers are shared between the Community and the Member States. This will be the case *inter alia* in relation to the so-called 'flanking policies', i.e. in fields such as consumer protection, environmental policy or economic and social cohesion, which although not belonging to the core of market integration, cannot be fully dissociated from the latter.⁸⁸

86 Such is, after all, the spirit of Article 235, as underlined among others by President Delors in an address at the European Institute of Public Administration. See 'Le principe de subsidiarité: contribution au débat' in *Subsidiarité: défi du changement* (1991) 7-19.

87 This negative overtone was reinforced during the intergovernmental conference. The conclusions of the Rome European Council acknowledged that subsidiarity could justify an extension of Community competence (see *Bull. EC* (12-1990) at 11). The draft circulated by the Luxembourg Presidency contained a milder version of Article 3B, according to which the Community could act 'if and insofar as those objectives can be better achieved by the Community than by the member States acting separately'. The Luxembourg draft has been reprinted in *Europe Documents* No. 1722/1723 of 5 July 1991.

88 See however Toth, *supra* note 78 at 1091, who argues that 'the principle of subsidiarity as defined in the Maastricht Treaty cannot apply to matters covered by the original EEC Treaty', for 'the Community's competence is necessarily exclusive over all matters pertaining to the pursuit of Community objectives'. Such a view, I submit, rests on a confusion between the idea of exclusive competence and the supremacy principle. Clearly, even in fields in relation to which the Community has not been granted exclusive competence, the Member States' capacity to act is limited by the supremacy principle once a Community act has been adopted. However, it does not necessarily follow that the Community will always completely occupy the relevant field, thereby preventing the Member States

It therefore appears that subsidiarity – at least as it is defined in the Treaty – is not really a problem of competence, as one is often inclined to believe. The demarcation of competences is operated by other provisions of the Treaty, on top of which one finds the principle of attributed powers – reaffirmed in the first paragraph of Article 3b – which is designed to protect the Member States against a too generous reading of Community powers.⁸⁹ The primary aim of the subsidiarity principle is rather to regulate the use made by the Community of its non-exclusive competences. Lacking such a competence, any discussion of the respective merits of national and Community action would be deprived of meaning. We shall see further that this remark has important implications regarding the manner in which Article 3b is to be implemented.

What are the criteria to be used to assess the need for Community action?

At first sight, Article 3b seems to envisage a twofold subsidiarity test:

- in the first place, attention must be paid to the means available at national level, to see whether they might suffice to attain the objectives of the measure which is envisaged at Community level. This may entail a review of financial resources as well as legal instruments, of potential as well as existing measures.
- the second test entails an evaluation of the envisaged Community action, in order to determine whether ‘by reason of the scale or the effects of the proposed action’, its objectives can be ‘better achieved’ at Community level. This is what the Commission has labelled a ‘value added test’.⁹⁰

These two tests seem to refer to two different types of operation. The first appears closer to a mere *effectiveness* test: if action at national level is capable of producing the desired result, it should be given preference. In contrast, the second test is more concerned about *efficiency* matters: the reference to the fact that the objective has to be ‘better achieved’ at Community level can be seen as an indication that a comparative evaluation of the costs and benefits of action at Community and at national level is required.

It has been suggested that each of these two conditions are to be satisfied before the Community might act.⁹¹ But the two tests cannot be combined in a mechanical fashion. If one opts for the effectiveness test, two things are

from acting: supremacy and pre-emption are two distinct, though clearly related, concepts. A similar point has been made in the Commission’s communication on ‘The Principle of Subsidiarity’, SEC(92) 1990 final of 27 October 1992, at 9 of the annex.

89 A similar argument has been made in the Commission’s communication on the subsidiarity principle, *supra* note 88, at 3 of the annex. In the Commission’s view, the fact that ‘national powers are the rule and the Community’s the exception ... explains why it would be pointless ... to list the powers reserved to the Member States’, as suggested for instance in the Giscard d’Estaing report, *supra* note 78.

90 Commission communication on subsidiarity, *supra* note 42, at 10 of the annex.

91 See the memorandum on subsidiarity presented by the Federal Republic of Germany, reported in *Agence Europe* of 12-13 October 1992, at 13-14, and Toth, *supra* note 78, at 1097-98.

possible: either action at national level can be effective, and the Member States should act, or it is not. In this latter case, adding a separate efficiency condition does not really make sense: provided it is itself effective, Community action is likely to be more efficient than ineffective national measures.

The legislative history of Article 3b may aid in understanding how this ambiguous result was reached. The Luxembourg draft referred to 'objectives ... better achieved by the Community than by the Member States acting separately'.⁹² This suggests that the Member States had in mind a comparative assessment of national and Community measures, which can only be done through an evaluation of their respective efficiency. As indicated above, some felt it necessary to strengthen this wording by indicating that if national action proved 'sufficient' to attain the pursued objective (read: where it would be as efficient as the proposed Community action), it should be given preference.

Thus, rather than two distinct conditions, what we have here are but two facets of the same problem, effectiveness being but a necessary component of the efficiency assessment which subsidiarity entails. Naturally, the complexity of the exercise has clear implications for the way the subsidiarity principle is to be implemented.

C. Implementing Subsidiarity

Article 3b has already given rise to some debate on the implementation of the subsidiarity principle. Is it 'justiciable', i.e. could the European Court of Justice annul a Community act on the basis of an infraction against the subsidiarity principle? Should it assume such a delicate duty? Are there any alternatives to judicial implementation? I shall deal with these three questions in succession.

Before doing so, however, a word of caution is necessary, for law is rarely as neutral as it claims to be and the answers that most naturally come to mind are often inspired by political-institutional preferences. Hidden normative statements then tend to obfuscate the discussion. In my view, the best way to facilitate the debate is to eschew a supposedly 'neutral' viewpoint, according to which problems are treated as if they were essentially technical ones, and rather to spell out as clearly as possible the kinds of considerations that underlie our reasonings. This is what I shall try to do on the following pages.

92 See *supra* note 87.

1. *Is Subsidiarity Justiciable?*

That subsidiarity could be invoked in annulment proceedings against Community acts is beyond doubt. During the intergovernmental conference, thought had been given to the idea of referring to subsidiarity in the preamble of the Treaty. Yet, as we saw, another solution prevailed and subsidiarity, being mentioned in the body of the Treaty, is to be regarded as binding on all Community institutions. Any violation of the principle could therefore serve as a basis for an annulment proceeding based on Article 173 of the EC Treaty. A Member State that unsuccessfully opposed the adoption of a given measure which it deemed to be in conflict with the subsidiarity principle could thus subsequently bring the matter before the Court on this basis.

However, it is far from certain in my view that private parties could do so, for the Court might find it difficult to regard Article 3b as sufficiently clear and precise to enjoy direct effect. In the past, it has denied direct effect to Treaty provisions that leave a wide discretion to Community institutions.⁹³ Such is undoubtedly the case of Article 3b, the ambiguities of which are discussed above.

In spite of this reservation, it seems likely that the Court will one day be confronted with a subsidiarity problem. How will the Court tackle this?

The difficulty is twofold. From a functional viewpoint, it is not clear that the Court is equipped to answer the question it would be asked. From a political viewpoint, a ruling on the compatibility of a given measure with the subsidiarity principle could create a legitimacy problem. Although the two problems are closely intertwined, it is better to treat them separately.

(a) The Functional Issue

As noted above, subsidiarity as defined by the Treaty goes beyond classical competence problems, in relation to which courts must rule on the compatibility of a measure with rules governing the division of powers between the centre and the periphery. Rather, what would be required of the Court is a ruling on the adequacy of the means used to reach a given end: was Community action really necessary to achieve the objectives of the challenged measure, or would action at national level have represented a valid alternative?

The answer to such a question involves a delicate qualitative assessment, and the parameters to be used are far from clear. Suppose for instance that the Council were to set up a programme providing for financial assistance for

⁹³ See for instance Case 74/76, *Iannelli v. Meroni*, [1977] ECR 557 as regards state aids. While admitting the difficulty, Sir Leon Brittan, Vice-President of the EC Commission, has expressed the hope that Article 3b will one day be held directly applicable. See the text of his Robert Schuman lecture at the Academy of European Law, *this volume* at 19.

projects aiming to increase the mobility of school teachers. At first sight, such a measure would seem to fall squarely within the limitative framework of Article 126. Assume further, however, that the validity of this programme were to be challenged by one Member State, arguing that Community action was not necessary since the same objective could equally have been achieved by the Member States, either acting individually or pooling their resources to finance specific programmes, and that the Community had therefore violated the subsidiarity principle.

How could the Court assess the merits of such claim? This would differ greatly from traditional litigation on the demarcation of competences, which the Court is used to dealing with.⁹⁴ Here, it would be unable to refer to a superior norm, against which the validity of Community action could be checked.

Article 3b seems to suggest that the Court should attempt to determine whether national action would have been sufficient. But what sort of parameters should it use in order to ascertain the efficiency of national measures, some of which might even exist in project form only?

Even assuming that the Court were able to overcome this first difficulty, on what basis would it then further decide whether national actions would be 'sufficiently' efficient to attain the objectives of the measure under scrutiny? Obviously, this involves more than an effectiveness assessment. What would be required is a careful weighing up of the costs and benefits of the proposed Community measure, when compared with those of national action.

Article 3b indicates that in the evaluation process, due regard should be paid to 'the scale or effects of the proposed action'. The first criterion may be understood as a reference to the transfrontier dimensions of a given problem. As regards the second one, the Commission has suggested also considering such factors as the costs of inaction, or the need to reach a critical mass.⁹⁵ But leaving these attempts to provide objective criteria aside, what will ultimately be needed is a ruling on the compared efficiency of both types of measure.

Is this really a task which can be fulfilled by a judicial body? Will the Court have at its disposal the necessary elements to provide an answer? It would, of course, be able to rely on the submissions of parties, but these are likely to contain considerations informed by political opportunism rather than by scientific evidence. And the problem is made even more complex by the relativity of the efficiency concept: costs and benefits might be different for all interested parties. Suppose for instance that the costs of the proposed Community action are found to be evenly distributed among the Member

94 As exemplified by its growing jurisprudence on the use of legal bases. See for a recent example Case 300/89, *Commission v. Council* (titanium dioxide), [1991] ECR 2869.

95 Communication on the subsidiarity principle, *supra* note 78, at 10 of the annex.

States, while its benefits accrue only to some of them. Will the fact that inaction would entail even greater costs be deemed sufficient to justify Community action?

In other words, a subsidiarity assessment appears to involve delicate policy choices, which go beyond the tasks traditionally assigned to judicial bodies.⁹⁶

Vigorously pleading in favour of justiciability, Jacqué and Weiler have invoked an analogy with the proportionality principle to suggest that the European Court of Justice had already touched upon similar issues on other occasions.⁹⁷ The similarity is indeed striking: both principles are used in order to regulate the use of Community competences, with a view to limiting any encroachment upon certain elements which are given a 'superior' value: fundamental rights and basic freedoms contained in the Treaty in the case of the proportionality principle, Member States' competences in the case of the subsidiarity principle. Both principles also require an assessment of the appropriateness of the means used to reach a given end.

Yet, the parallel is by no means complete. Proportionality problems are essentially limited to a question of means and ends: could not other measures, equally effective but less detrimental to superior interests, have been used? In contrast, as I have tried to show, subsidiarity problems involve a difficult efficiency assessment. Moreover, the efficiency of Community measures is to be assessed *relatively*, in comparison with that of alternative national measures. The Commission has even suggested that proportionality is but one dimension of any subsidiarity assessment;⁹⁸ it is indeed likely that a Community intervention going beyond what is necessary to achieve one objective of the Treaty would not be found to be efficient. All this makes the subsidiarity review a far more delicate exercise – politically as well as functionally.

Despite this important difference, the Court's jurisprudence on the proportionality principle is highly instructive.⁹⁹ Two elements are worthy of particular attention. First, although the scope of the principle has gradually been expanded to cover the entire field of Community law, including rules adopted by the Council and the Commission as well as individual administrative decisions, the vast majority of legislative measures subjected to review have been Commission regulations, 'which can be said to straddle the border between the creation of legal rules and the adoption of administrative

96 See however Kapteyn, *supra* note 78, at 40, who argues that criteria such as a 'more effective attainment' or the 'cross-boundary dimension or effect' or a given problem 'can be the subject of a discussion based on more objective criteria of an economic, social, technical or legal nature'.

97 Jacqué and Weiler, 'On the Road to European Union – A New Judicial Architecture', 27 *CML Rev.* (1991) 185-207.

98 Communication on the subsidiarity principle, *supra* note 88, at 5 of the annex.

99 See J. Schwarze, *European Administrative Law* (1992) at 708-866 for a detailed review.

measures'.¹⁰⁰ The primary focus has thus been on the Community's administrative action.

Second, the way the proportionality review has been carried out is equally interesting. In assessing whether a Community measure was suited to the purpose of achieving the objective pursued, the Court has always shown great caution when the Treaty provided the Community legislator with a wide margin of discretion; it has generally confined itself to examining whether the measure at issue was 'obviously inappropriate for the realization of the desired objective'.¹⁰¹ This clearly suggests that the Court, being aware of the difficulty involved in determining the effectiveness of a given measure, was reluctant to substitute its own appreciation for that of the Community legislator, except in cases of blatant unsuitability.

The Court has shown a similar reticence on other occasions. In the notorious *ERTA* case,¹⁰² the Court ruled that it was for the Council, when acting on the basis of Article 235, to determine when Community action was in fact 'necessary' to attain one of the Community's objectives. Likewise, in Case 276/80,¹⁰³ it was asked to rule that by establishing quotas to combat against the steel crisis of the late 1970s, the Commission had infringed Article 58(1) of the ECSC Treaty, which provides that quotas should be used as an *ultima ratio*. The plaintiff argued that Article 57, which invites the Commission to give preference to 'the indirect means of action at its disposal, such as ... cooperation with Governments to regularize or influence general consumption' or intervention in regard to prices, provided sufficient means to deal with the crisis. In other words, the Court was confronted with a kind of subsidiarity challenge *ante litteram*. In its ruling, it simply noted that

[i]n the event of a manifest crisis Article 58 of the ECSC Treaty confers upon the Commission a wide power of appraisal which it exercised in adopting Decision No. 2794/80/ECSC. The Commission has set out the reasons for which it considered that the means of action provided for in Article 57 were not sufficient to deal with the crisis. It considered that it could not take steps to influence general consumption in the present economic situation. (...) The Commission accordingly concluded that the indirect means of action at its disposal had proved insufficient and that it was necessary to intervene directly in order to restore the balance between supply and demand. In arriving at this conclusion the Commission did not exceed the limits to its power of appraisal and the submission must therefore be rejected.¹⁰⁴

Thus the Court seems to have considered that, the Commission having complied with the (formal) requirement of a statement of the reasons on which its

100 *Ibid.* at 861.

101 Case 40/70, *Schroeder v. Germany*, [1973] ECR 138 at 142.

102 Case 22/70, *Commission v. Council*, [1971] ECR 263.

103 *Ferriera Padana v. Commission*, [1982] ECR 517.

104 *Ibid.* at 540.

actions were based, all the Court itself could do regarding the merits of the problem was to make sure the Commission had acted within the limits of its powers.

A similar reasoning had been explicitly developed in an earlier case, where the validity of a Commission regulation modifying monetary compensatory amounts following the temporary withdrawal of the French franc from the European monetary 'snake' was questioned:

As the evaluation of a complex economic situation is involved, the Commission and the Management Committee enjoy, in this respect, a wide measure of discretion. In reviewing the legality of the exercise of such discretion, the Court must confine itself to examining whether it contains a manifest error or constitutes a misuse of power or whether the authority did not clearly exceed the bounds of its discretion.¹⁰⁵

This line of reasoning suggests that where the Treaty leaves a margin of discretion to other Community institutions, the Court is not inclined to substitute its own interpretation for theirs.

The point is worth making: in a seminal essay on the statement of reasons requirement, Martin Shapiro has shown that Article 190 of the EEC Treaty might be construed by the Court as enabling it to review the substance of decisions adopted by European institutions, in a manner akin to the review by US circuit courts of decisions of administrative agencies.¹⁰⁶ Indeed, on a number of occasions the European Court of Justice has held that the statement of reasons was more than a purely procedural requirement and has demonstrated some propensity to assess whether the reasons given were actually correct.¹⁰⁷ Though the Court's moves in this direction have been somewhat ambiguous, it might in theory use this avenue to review the subsidiarity assessment carried out by Community institutions.

Yet the above evidence suggests that the Court is not eager to do so. If such a line is maintained, it will approach with great caution any discussion on the conformity of Community measures with the subsidiarity principle, and leave a large measure of discretion to the institutions that are required to decide on the matter. Only in exceptional circumstances would its scrutiny lead to a negative judgment.¹⁰⁸

105 Case 29/77, *Roquette v. France*, [1977] ECR 1835, recitals 19 and 20. See also Case 42/84, *Remia-Nutricia*, [1985] ECR 2545, recital 43.

106 'The Giving Reasons Requirement', *The University of Chicago Legal Forum* (1992) 179-220.

107 See, e.g., Case 24/62, *Germany v. Commission* [1963] ECR at 69.

108 See Kapteyn, *supra*, note 78, at 41. See also Mischo, 'Un nouveau rôle pour la Cour de Justice?', *RMC* (1990) 681-686.

(b) The Legitimacy Issue

The Court's decision will in the last instance depend on how it conceives of its institutional mission. In this respect, the fact that the subsidiarity principle has been enshrined in the body of the Treaty is likely to carry some weight. In doing so, did not the Member States implicitly invite the Court to come to grips with the problem? Alternately, enforcing the subsidiarity principle might prove difficult for a Court that has systematically construed Treaty provisions in a broad manner, having regard to their purposes and to the overall objectives of the Treaty.¹⁰⁹ Clearly, teleological interpretation and subsidiarity are inspired by diametrically opposed considerations, and will be difficult to reconcile.

Moving now from the analytical to the more delicate level of normative considerations, I submit that the Court would be well advised to stick to the cautious approach it has followed in the past. Such a view is of course influenced by the above analysis: if subsidiarity is primarily a political problem, as I believe it is, judicial solutions may create a legitimacy problem. Assuming that a majority of Member States – or even all of them – have assessed the relative efficiency of various modes of action and decided upon the course to be followed, would it be legitimate for the Court to impose a different evaluation of such action?

The upholders of justiciability have stressed that there have been many examples of courts having been called upon to exert a creative role when implementing general principles to politically delicate issues. After all, deciding when life begins in matters of abortion is no less difficult a task than deciding at which level a given measure is more effective; yet, courts have often been entrusted with the power to make such decisions.¹¹⁰

This is of course true, but the analogy is not entirely convincing. First, it would be easy to show that the legitimacy of such decisions has been questioned, at times vehemently. Second, European states have strongly contrasting views as to the role of the judiciary. Several of them were powerfully influenced by the political philosophy of the Enlightenment, which insisted on keeping judges away from politics in the name of the separation of powers. Even if constitutional justice has made considerable headway in post-World War II Europe, judicial review of the constitutionality of legislative acts remains limited in several Member States of the Community. Third, and perhaps more importantly, even assuming that where national courts undertake such delicate tasks their own legitimacy is well established, it is far from sure that the intervention of the European Court of Justice would be regarded with equal benevolence. Recent evidence suggests that many Irish citizens had

109 For a recent example of this trend, see opinion 1/91 of 14 December 1991 (EEA Agreement), [1991] 1 CMLR 245, and the comments of Brandtner, 3 *EJIL* (1992) 300-328.

110 This is the example used by Jacqué and Weiler, *supra* note 97, at 205.

more faith in their own High Court than in the Luxembourg Court when it came to dealing with the abortion issue. There is, in other words, a serious risk that by intervening in discussions of a clearly political nature, the European Court of Justice would awaken the ghost of a *gouvernement des juges* in a Community which is already under strong attack for its legitimacy deficit. The subsidiarity debate is but one aspect of this larger legitimacy crisis; solutions that might aggravate this crisis should therefore be avoided.

Turning to federal systems, one notices that courts have often showed great caution in deploying the legal instruments put at their disposal to protect the prerogatives of component units. This is all the more interesting as some of these instruments would have appeared to be easier to handle than is Article 3b. The Tenth Amendment of the United States' Constitution, for instance, states that

[t]he powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

Although clearly attuned to the subsidiarity principle, this provision might have been more readily used by courts, as it does not entail any efficiency assessment. Yet after having hesitated for a while, the Supreme Court of the United States has refused to see in this clause an instrument delineating 'islands of sovereignty'¹¹¹ protected against any kind of federal interference.¹¹²

The reasons which led the Supreme Court to reject this possibility are worth noting. Reporting for the majority, Justice Blackmun recalled that defining *a priori* the nature and content of limitations on federal authority under the Commerce clause had proven problematic for courts. He then added:

It is no novelty to observe that the composition of the Federal Government was designed in large part to protect the States from overreaching by Congress. The Framers thus gave the States a role in the selection both of the Executive and the Legislative Branches of the Federal Government. (...) In short, the Framers chose to rely on a federal system in which special restraints on federal power over the States inhered principally in the workings of the National Government itself, rather than in the discrete limitations on the objects of federal authority. *State sovereign interests, then, are more properly protected by procedural safeguards inherent in the structure of the federal system than by judicially created limitations on federal powers.*¹¹³

This, however, should not be seen as undermining the constitutional position of the States:

111 L. Tribe, *Constitutional Choices* (1985) 137.

112 *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 US (1985) 528.

113 *Ibid.* at 551-552 (emphasis added).

Of course, we continue to recognise that the States occupy a special and specific position in our constitutional system and that the scope of Congress' authority under the Commerce Clause must reflect that position. But the principal and basic limit on the federal commerce power is that inherent in all congressional action – the built-in restraints that our system provides through state participation in federal governmental action. The political process ensures that laws that unduly burden the states will not be promulgated.¹¹⁴

The Australian High Court had reached a similar conclusion – although for different reasons – as early as 1920.¹¹⁵ In Germany, the Federal Constitutional Court has refused to give too strict an interpretation to Article 72 (II) of the Basic Law, which governs federal intervention in areas of concurrent competences.¹¹⁶

Such a convergence would seem to give some credit to those who hold that in divided-power systems, the most effective defences against centralizing pressures are to be found in the political process, rather than in the judiciary.¹¹⁷ If this is true for federal systems, should it not be so *a fortiori* in the Community system, where Member States enjoy greater powers? Defining at what level a task is better accomplished is primarily a political problem; it should therefore be left to the political process.

2. Alternatives to Judicial Implementation

Rejecting justiciability does not necessarily imply that subsidiarity is condemned to remain an empty concept. Implementing the (binding) guidelines contained in Article 3b requires an effort on the part of all institutions. Thus, if one accepts Justice Blackmun's view that protecting States' rights is primarily a matter of *process*,¹¹⁸ the impact of this provision on the Community legislative process is potentially more important than the justiciability issue.¹¹⁹

The Commission should play a central role in this respect, because it still holds a monopoly of initiative in most fields of Community competence and is, of all Community institutions, by far the best equipped to fulfil the evaluation task which is needed. One might therefore envisage the establishment within the Commission of a specialized unit, attached to the Secretariat-General, which would act as a clearing house and review all draft measures

114 *Ibid.* at 556.

115 *Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steamship Co. Ltd.*, 28 CLR (1920) 128.

116 See the analysis in Constantinesco, *supra* note 75.

117 See Wechsler, 'The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Selection and Composition of the National Government', 54 *Columbia Law Review* (1954) 543-560.

118 *Garcia v. San Antonio*, *supra* note 112, at 554.

119 See Brittan, *supra* note 93, at 3.

prepared by Commission services in order to assess their conformity with the subsidiarity principle.¹²⁰

Procedures can play a useful role in ensuring the rationality of decision-making. Requiring that each Commission proposal be accompanied by a specific subsidiarity assessment will provide a strong incentive to address the questions raised by Article 3b.¹²¹ It might even be argued that the statement of reasons imposed by Article 190 should lead the Commission to include in the recital of its proposals an indication of the efficiency considerations that have led to their adoption.¹²² Conformity with this formal requirement could of course be subjected to the Court's scrutiny, as indicated above.

Specific safeguards for Member States' interests might also be useful. They could be placed within specific procedures. The European Parliament's Draft Treaty on European Union envisaged for example that any intervention in fields previously untouched by the Community would be possible only through enactment of an organic law, with more stringent voting requirements.¹²³ Such is also the spirit of 'old' Article 235, which requires unanimity for the Community to act when the necessary powers are not provided by the Treaty. Additional mechanisms of this kind could provide the Member States with means to resist unwelcome interference in their sphere of activity. They would also provide evidence of the Community's unwillingness to tolerate a creeping centralization.

As hinted above, the most immediate threat to the subsidiarity principle lies in majority voting. There have been in the past instances of measures adopted by the Council (generally in the framework of internal market policy, where one can rely upon the generous wording of Article 100a) against the opposition of one or more Member States, who argued that the action envisaged went beyond what subsidiarity required.¹²⁴ No matter how rare they may be, situations of this kind feed the fear of an ever-growing Community. Obviously, the current rules of procedure of the Council, which provide that voting is possible when a majority of members of the Council so decide, did not suffice to prevent this from happening. Some sort of remedy should therefore be found.

120 This proposal is developed at greater length in Dehousse, Joerges, Majone and Snyder, *Europe after 1992 - New Regulatory Strategies*, EUI Working Papers in Law, No. 92/31, at 38-41.

121 This possibility is contemplated in the Commission's communication on subsidiarity, *supra* note 88, at 21 at the annex.

122 A commitment to this effect has been taken by the Commission at the Lisboa meeting of the European Council, in June 1992. See *Bull. EC* (6-1992) at 12.

123 See Article 12 of the Draft Treaty. According to Article 38, organic laws would have required a qualified majority both in Council and in Parliament, whereas 'normal' provisions required an absolute majority only.

124 This was the case for Directive 89/662 on cigarette labelling (OJ L 359 of 8 December 1989), adopted in spite of the opposition of the British Government.

One could conceivably argue that, as unanimity represents the best possible guarantee for Member States' interests, all one should do in order to avoid this kind of problem is return to the spirit of the Luxembourg agreement, and provide that whenever one Member State deems subsidiarity to have been ignored by a proposed measure, no vote should be taken until a satisfactory compromise can be found on this point. This institutional approach would even find support in the works of some economists, who argue that unanimity is the most appropriate rule for decisions on the efficiency of public policies.¹²⁵ Yet, as no control of the use made by the Member States of this prerogative would be possible, the costs of such a solution would be likely to greatly outweigh its benefits: Community decision-making could experience anew the *lourdeur* of the pre-Single Act years, and the Community would find it more or less impossible to tackle the many problems it is now faced with.¹²⁶ Effective remedies should therefore steer away from the Charybdis of inaction and the Scylla of Luxembourg.

One possible solution would be to provide that when a significant minority in the Council (say, three Member States, possibly representing a minimum number of votes in the Council¹²⁷) deems a proposed measure to be in conflict with the subsidiarity principle, any decision on this point is deferred for a limited period, after which the matter will be examined by the 'General Affairs' Council, which will then decide according to normal procedures i.e. by majority vote in fields where this is possible. Such a mechanism could even be made binding through its insertion into the rules of procedure of the Council. Similar mechanisms exist in some federal constitutions where, in order to protect their own interests, minorities are given the right to render certain decisions more difficult by increasing the level of consensus needed for their adoption.¹²⁸

In the Community context, this solution could be viewed as an acceptable compromise by all interested parties.

125 This point is developed in Majone, 'Le scelte pubbliche e le nuove tecnologie', XX *Amministrare* (1990) 255-292.

126 Unsurprisingly, the Commission has indicated that it did not favour a separate treatment of the subsidiarity issue: 'there must be no question of separating the issue of subsidiarity from the substance of the matter in hand and in this way obstructing by degrees the decision-making process. Subsidiarity is part of decision-making, not a pre-condition for it. It must be considered with all the other aspects (legal basis, substantive provisions, etc.) in accordance with the voting conditions applying to a proposal.' (Communication on the subsidiarity principle, *supra* note 88, at 20 of the annex.)

127 This number should however remain below the threshold needed for a blocking minority, otherwise the guarantee would be fallacious.

128 This is for instance the case of the so-called 'alarm bell procedure' established by Article 38bis of the Belgian Constitution. This procedure enables three quarters of the members of one of the linguistic groups in each Chamber to prevent the adoption of a draft bill which might 'have a serious effect on relations between the communities'. In such a case, the procedure is suspended and the matter referred to the Council of Ministers, which comprises Flemish and French-speaking members in equal number.

On the one hand, it would provide additional guarantees to those who fear an uncontrolled growth of Community power. It has often been argued that some overregulatory tendencies were simply due to attempts by national officials to secure in Brussels decisions which they were unable to force through in their own country. Resort to a more politicized body might make this more difficult, by ensuring that the institutional dimensions of the problem are duly considered.

On the other hand, a Luxembourg-type drift would also seem less likely. Voting conditions being maintained, minority action would not entirely prevent the ultimate adoption of any measure by the Community, which would instead simply be deferred. Moreover, as several national governments would be required to concur in their evaluation of the proposed measure before this procedure might be used, the risk that the whole decision-making process be undermined by a systematic resort to this minority action would appear to be fairly limited. The expectation is rather that, given the various checks and balances entailed in such a mechanism, all parties would have an incentive to reach a compromise so that the ultimate decision may be made by consensus.¹²⁹

Naturally, majority decisions might occasionally be more difficult, which could somewhat slow down decision-making. This, however, would be the price to pay to implement the subsidiarity principle.

Would this suffice? Some might argue that subsidiarity should be construed as a broader regulatory principle, which aims not only to preserve a certain degree of decentralization, but also to ensure the efficiency and the equity of the policy choices that will be made at Community level. Viewed in this light, the above-mentioned mechanisms might appear biased in favour of the institutional interests of the Member States. After all, states are far from being the only actors interested in efficiency matters. Should the constitutionalization of subsidiarity effected by the Maastricht Treaty not be seen as an invitation to a bolder construction?

In my view, the answer ought to be negative. Even leaving aside the question of remedies available for such a claim, I do not believe that the resort to an ultimate umpire represents an ideal solution. As indicated above subsidiarity, because it is primarily concerned with questions of efficiency, does not lend itself to judicial treatment save in extreme cases. Policy choices are to be made by political bodies, and not hidden behind pseudo-neutral questions. The primary task of legal structures is to ensure that these choices are made on as rational and equitable a basis as possible. This result

129 It is worth noting that although the Belgian 'alarm bell' procedure referred to above was viewed as an important guarantee when it was established, it was used only once, in a relatively minor incident. It is therefore viewed by most commentators as having mainly a dissuasive effect. See, e.g., A. Alen (ed.), *Treatise on Belgian Constitutional Law* (1992) at 81.

can only be achieved by an emphasis on *procedures*, which organize the policy process and preserve the rights of minorities.

The emphasis on protecting Member States' interests appears more legitimate in this light. Such was after all the rationale which led to the enshrinement of subsidiarity in the Treaty, as rightly or wrongly it was felt that the present structure contained the seeds of a centralist drift. Moreover, in subsidiarity debates national governments are likely to be exposed to pressures from those who have an interest in the issue at hand, be it institutional (as in the case of subnational units) or substantive, as in the case of interest groups. Granting a specific protection to states' rights goes therefore beyond the mere problem of preserving the specific interests of national governments in the Community system.

D. Conclusion: Does Subsidiarity Really Matter?¹³⁰

Important as subsidiarity may be as a political issue, and stimulating as the technical problems raised by its implementation undoubtedly are, its true importance for the Community should not be exaggerated. Indeed, irrespective of the attempt to give flesh to it in the Treaty,¹³¹ I would argue that the subsidiarity *concept* is ill-adapted to the problems it is meant to solve.

To be understood, this remark should be viewed in relation to the overall evolution of federal systems. The traditional vision of federalism, which has for so long influenced judicial constructs, was characterized by the view that a clear line should be drawn between the respective competences of the centre and the periphery. However, this dualism has been challenged by the contemporary evolution of federal systems: the increased complexity of industrial societies and the growth of government intervention have led to a growing interpenetration between the action of both levels of government.

Institutionally, this interdependence has been reflected in the growth of intergovernmental relations. Instances of intergovernmental cooperation abound: even international relations, which are often regarded as a field of federal competence *par excellence*, are not immune from this kind of pressure.¹³² Some have even analysed this shift from dualist to cooperative federalism as an evolution of the very concept of federalism.¹³³

130 This section draws largely on Dehousse, 'Autonomie régionale et intégration européenne: les leçons de l'expérience communautaire', in O. Jacot-Guillarmod (ed.), *The EEA Agreement - Comments and Reflexions* (1992) at 693-705.

131 In other words, the following remarks are not directly linked to the wording of Article 3b, but rather to what I regard to be the essence of the concept. This may be one of the reasons why my reading of subsidiarity is in sharp contrast with that of L. Cohen-Tanugi, *L'Europe en danger* (1992) at 157-169.

132 R. Dehousse, *Fédéralisme et relations internationales* (1991).

133 G. Sawyer, *Modern Federalism* (1976).

How does all this affect subsidiarity?

The answer is simple. Subsidiarity starts from the implicit assumption that one can distinguish, in the web of functions assumed by modern states, those that should remain within the purview of lower levels, and those which should be fulfilled at a higher level. This, as I have tried to show, is no easy task. If we consider culture, we will rapidly be faced with the fact that although culture is generally seen as a field where lower levels should be acting, it will not infrequently take the form of an economic good to be traded across national borders. The same is true for environmental protection: although it is often a matter of local concern, some problems – acid rain, the depletion of the ozone layer – call for action at much higher levels.

Thus one sees that at the institutional level, the main problem is not so much to determine in an abstract fashion which authority should exercise a given function, but rather to manage interdependence among related areas. A provision dealing with free movement of cultural goods will touch both the question of free movement – for which action by the centre seems needed – and culture – which often belongs to regional competences. One may of course choose to ignore the link between these various elements of the problem, but in this case any solution is likely to give rise to conflicts. Forces such as technical and economic interdependence or the growth of government intervention,¹³⁴ which often make integration necessary, also make it difficult to handle a concept like subsidiarity.

The above analysis suggests that subsidiarity is a somewhat over-rated concept. Seen in this light, the line pursued by the drafters of the Maastricht treaty appears most reasonable. Far from pursuing an illusory separation of national and Community competences, they have transformed subsidiarity into a principle regulating the use of Community competences. Article 3b thus contains a set of inter-related rules: the regulatory guidelines contained in paragraph 2 supplement the principle of attributed powers recalled in paragraph 1, while the proportionality test of paragraph 3 is a logical component of any subsidiarity assessment.

Naturally, this regulatory approach leads to a greater degree of uncertainty than if the subsidiarity spirit had been used to impose a clear demarcation of competences between the Community and its Member States. This concern is at the root of many lawyers' criticisms of Article 3b.¹³⁵ Yet would it really make sense to draw clear-cut lines where reality is characterized by increasing interdependence?

134 It is often stated that government intervention was reduced during the 1980s. This may be true as regards interventions in the realm of economic policy. At the same time, however, regulatory activities in fields like environmental policy or consumer protection have significantly increased. It could therefore be argued that, far from really withdrawing, the state has simply altered its mode of intervention.

135 See in particular Cohen-Tanugi, *supra* note 131 and Toth, *supra* note 78, at 1090-91.

Such a view has clear implications as regards the implementation of the subsidiarity principle. Even if the concept retains some political value, as a general guideline in favour of decentralization I would argue that as a legal instrument its direct utility is limited. As it currently stands in the Treaty, it will not readily nor easily be used by the Court of Justice, except in exceptional cases.

Alternative ways to implement its philosophy are therefore needed. In my view, the primary problem is one of *process*. What matters is not only who does what, but also how, and the manner in which these two decisions will be made. In other words, specific mechanisms should be set up to protect the Member States against undue interferences from the Community, and to provide cooperation among the various levels of authority interested in a given problem.

Even if this view were to prevail, it remains doubtful that subsidiarity will cure all the evils of the Community, as some seem to have hoped. Be that as it may, it cannot be denied that the subsidiarity debate is symptomatic of a mood which has gained strength in response to the expanding influence of the Community. Reference to subsidiarity in the Treaty should be understood as a strong political message: the Member States are not prepared to accept an unlimited extension of Community competences. The ratification debates have provided ample evidence of the fact that this view is – rightly or wrongly – shared by large sections of the Community populace. The message seems to have been clearly received by its addressees. No matter what has just been said on its actual importance, we are therefore still likely to hear much of subsidiarity.

Chapter 3

Towards a New Institutional Balance?

In the debates on Europe's institutional future that have shaken Europe since 1992, it was commonplace to deprecate both the essentially technocratic outlines of European integration and the absence of any genuine political discussion of the great problems facing the nascent European society.¹³⁶

These observations are not unfounded. Historically, the functionalist approach followed by the founding fathers of the Community has favoured concrete achievements in the hope of ensuring a '*de facto* solidarity' which was gradually to lead to an 'ever-closer union among the peoples of Europe'.¹³⁷ In that respect, the internal market programme is certainly the rightful heir to the so-called 'Monnet method'. Such a tactical choice was based on a pragmatic intuition: absent consensus on the ultimate objectives of the integration process, it was preferable to concentrate on specific projects, the need for which was clear to the minds of national leaders, rather than to become tangled up in big institutional debates, the outcome of which was highly uncertain.

While this method had the great merit of effectiveness, it also carried a price: the lack of transparency and the absence, even more acutely felt, of a genuine forum where the representatives of the peoples of Europe could debate openly the choices the Community is being called upon to make. All too often, integration issues are left to specialists; public opinion has hardly any direct effect on the choice of problems to be dealt with nor the solutions they are to be given. The 'democratic deficit' so much talked of is but one aspect of a more general *political deficit*.

Nonetheless, it is rather paradoxical to see this critical attitude emerging over the launching of the Maastricht Treaty, which brings a number of valuable changes in this connection.

At the Rome European Council that marked the opening of the proceedings of the Intergovernmental Conference on political union, the Heads of States and of Government had given their representatives a twofold charge: to strengthen the democratic legitimacy of the union and improve the effectiveness of its institutions. If the conference did not fully meet these expectations, it nonetheless set out a number of reforms, the importance of which does not seem to have been sufficiently perceived. The first part of this chapter will seek to draw a balance sheet of the changes that have been brought to the Community's institutional structure. We shall go on to see that these

136 In this connection see Paul Thibaud's thoughts in *Le Monde* for 23 and 24 October 1992, as well as L. Cohen-Tanugi, *supra* note 131.

137 Expressions taken from the preambles to the ECSC and Rome Treaties respectively.

innovations raise a number of important questions that will need to be addressed in coming years.

I. Strengthening of Democratic Legitimacy

Fairly naturally, the concern to increase the democratic legitimacy of the Community institutions led the Conference to pay special attention to the role of the European Parliament. This is the area where the changes introduced by the Maastricht Treaty have been most noteworthy, since Parliament has seen its legislative prerogatives and its role in appointing the Commission expanded at a single stroke. However, this change did not come about without resistance. Other forms of legitimation have been suggested, and reflect a different way of understanding the integration issue. I shall consider these two points in turn.

A. A New Role for the European Parliament

The Maastricht Treaty marks a twofold advance for the European Parliament. Not only have the Assembly's powers been considerably increased, but Parliament will be called on to play a decisive part in appointing Commission members, something that should considerably modify the relationships between these two institutions.

1. New Prerogatives

The strengthening of Parliament's prerogatives is reflected, first, in the establishment of genuine legislative co-decision: in a number of areas, agreement between Parliament and Council is now required for the adoption of Community acts. This is a sizeable innovation and meets the wishes that Parliament has been putting forward for many years. Though the actual principle of co-decision was accepted from the outset, as shown by the Rome European Council's presidency conclusions,^{137b} implementation was the object of heated discussion.¹³⁸

As has often been the case, the new procedure builds on old foundations. The first reading is identical to the one in the cooperation procedure (proposal by Commission, opinion from Parliament, joint position by Council). The most significant innovation is the establishment of a Council-Parliament joint conciliation committee in the event of disagreement at the

137b *Bull. EC* (12-1990) at 9.

138 With the curious outcome that the word 'co-decision' does not appear in the Treaty, which refers only to 'the procedure of Article 189b'.

point of second reading. This committee's task is to arrive at a joint draft, which must then be approved separately by each of the two institutions. This procedure, clearly influenced by the provisions governing cooperation between the *Bundestag* and *Bundesrat*, provides that should attempted conciliation fail, the Council is entitled to confirm the joint position it had adopted on first reading. In this case, the last word nonetheless belongs to Parliament, which can reject the Council's text by absolute majority of its members.

This 'third reading' has been criticized by MEPs, who fear being compelled to play a too negative part. This is surely an overly reductive view: the power of rejection given to Parliament is bound to act as a threat whose imminence should lead the Council to take a more conciliatory position.¹³⁹ Moreover, with the increased control it will have over the Commission, Parliament will be able to persuade it to withdraw its proposal should conciliation fail.¹⁴⁰ There is therefore every reason to expect cases of pure and simple rejection to be fairly rare.

The scope of application for this new procedure is extremely wide. It is provided for in a number of new policies, and will also be used for the adoption of rules governing the internal market,¹⁴¹ the importance of which should remain considerable even after the deadline of 31 December 1992. Extension of this scope is also planned when the Treaty is due to be revised in 1996.¹⁴²

The co-decision procedure thus marks a development that is important on two levels. Not only is Parliament being given genuine legislative power, but the Parliament-Council dialogue takes precedence over the Commission-Council dialogue that dominated the other procedures. As a reflection of this twofold development, Article 191 provides for signature by the Presidents of Parliament and Council of acts adopted by this procedure.

Moreover, Parliament's assenting opinion, required by the Single Act only for the accession of new members¹⁴³ and the conclusion of agreements on association with the Community,¹⁴⁴ is now required for a whole series of acts of a more or less constitutional nature. These include amendment of some provisions in the statutes of the European System of Central Banks,¹⁴⁵ the definition of the missions, objectives and organization of the structural

139 Similar fears had been voiced in relation to the possibility for the Parliament to reject the Council's common position in the cooperation procedure established by the Single Act. However, instances of rejection remained extremely rare.

140 See E. Noël, 'The New Institutional Setting', in R. Dehousse (ed.), *Europe after Maastricht - An Ever Closer Union?* (1994) 15.

141 Articles 49, 54, 56, 57 and 100a.

142 Article 189b(8).

143 Old Article 237, replaced by Article O of the Treaty on European Union.

144 Article 238; see also new Article 228(3), second subparagraph.

145 Article 106(5).

funds¹⁴⁶ or adoption of a uniform procedure for elections to Parliament.¹⁴⁷ However, despite Parliament's insistence, its assent has not been deemed necessary for adoption of measures relating to the Community's own resources¹⁴⁸ or Treaty amendment:¹⁴⁹ in both cases it was considered that approval by national parliaments would provide sufficient legitimacy.

Extension of the assenting opinion procedure and introduction of the co-decision procedure lead to a similar result. In either case, adoption of a number of measures will be possible only with the agreement (explicit or tacit) of the European Parliament. We should add that the cooperation procedure has been extended to new areas: cooperation is now the rule for implementation of a number of programmes,¹⁵⁰ for the adoption of acts of a legislative nature in the context of economic and monetary union,¹⁵¹ and for a number of new Community powers.¹⁵² Thus the Treaty has considerably increased Parliament's prerogatives, though it is still oddly left out in a number of cases.¹⁵³ The same is true as regards its role in appointing the Commission.

2. Parliament and Commission

The idea of associating Parliament with appointing Commission members had been in the air for a number of years – well before the present criticisms of the Brussels 'irresponsible bureaucracy'. The solemn declaration on European union adopted in Stuttgart in June 1983 already mentioned it, and it was high up among Parliament's demands.

Admittedly, since the European Parliament has been directly elected, it has been the custom for the newly-appointed President of the Commission to be heard by Parliament's enlarged Bureau and for the Commission to present

146 Article 130d.

147 Article 138, which requires a favourable vote by a majority of members of Parliament. An assenting opinion is also needed for conferring on the Central Bank a mission of surveillance over certain financial establishments (Article 105(6)), for adoption of certain provisions relating to European citizenship (Article 8a(2)) and for certain international agreements (Article 228(3), end).

148 Article 201.

149 Article N.

150 Particularly as regards trans-European networks (Article 129d(3)), social and economic cohesion (Article 130e), research (Article 130o(2)) and protection of the environment (Article 130s(1)).

151 Adoption of rules relating to supervision of Member States' economic policies (Article 103(5)), harmonization of rules on circulation of notes and coinage (Article 105a(2)), adoption of implementing rules for the banning of certain financial operations (Articles 104a(2) and 104b(2)).

152 On development cooperation (Article 130w) and for the adoption of directives under the eleven-country agreement on social policy (Article 2(2)).

153 Among which one might mention commercial policy (Article 113), sea and air transport (Article 84(2)), free movement of capital (Articles 69 and 70) and adoption of recommendations on education (Article 126(4)) or health (Article 129(4)), where consultation of Parliament has not been provided for.

its programme to the full house shortly after it took office. Despite the fact that debate on this programme ended in a vote, respect for the forms of parliamentarianism could scarcely conceal the reality: the political will the Commission emerged from was the national governments', not Parliament's.

The procedure introduced by the new Article 158 brings a number of radical changes. It is only after consulting Parliament that national governments can nominate the person they plan to appoint as Commission President. Commission members are then nominated by Member States in consultation with the president designate. However, the whole body must be given a vote of approval before taking office. In other words, the Commission must, as in classical parliamentary systems, have the confidence of a parliamentary majority.

This two-stage procedure, singling out the Commission president while hallowing his influence on choosing the body's members, should contribute to establishing his authority over his peers. The model is rather reminiscent of the practice followed in many parliamentary systems, where nomination of the head of government precedes formation of the cabinet, for which the prime minister designated by the head of State is often compelled to negotiate with the leaders of the main parties in the majority.¹⁵⁴ In the cases that interest us, the Commission – just like the executive of many parliamentary federations – will derive its legitimacy from a twofold source: the Member States on the one hand, and Parliament on the other. However, one may presume that the latter aspect will come up top. The publicity given to the debate and the confidence vote will make the Commission appear as the product of Parliament's will, even if the formal decision is for Member States.

Parliament's influence will be increased still further by the link established from 1995 between Parliament's term and that of the Commission.¹⁵⁵ A six months' gap has been arranged between European elections and setting up the Commission, to enable the newly elected Parliament to take part in nominating the latter. Any significant changes in Parliament's composition can thus be reflected at Commission level.

This development lends new importance to the possibility of a vote of censure, provided for by Article 144. Hitherto the possibility had remained theoretical, since nothing prevented Member State governments from confirming the members of a censured Commission in their posts, as Parliament enjoyed no real influence over the choice of Commission members. Things will be different in the future. Parliament's new prerogatives will enable it to

154 This is the present position in Italy and Belgium; a similar system existed in the French Fourth Republic.

155 Article 158(1) and (3).

bar any such attempt; its grounds for censuring a Commission will therefore have to be taken into account in appointing a new one.¹⁵⁶

The import of these changes is considerable. The nature of relationships between Parliament and Commission will be greatly transformed. The Commission will henceforth be fully responsible to Parliament, something that will influence all its activities, be they administrative or legislative. There will presumably be a knock-on effect on the whole set of institutional relationships. For instance, one may imagine that Parliament will be able to play more of a part in the cooperation procedure, where to date the Commission was a necessary intermediary between Parliament and Council. Likewise, given the relationships that are bound to grow up between Parliament and Commission, the right given Parliament to request the Commission to 'submit any appropriate proposal on matters in which it considers that a Community act is required'¹⁵⁷ may be seen as coming close to a true right of initiative.

These new developments are certainly not without exceptions. The Commission's role is fairly restricted in monetary policy, where the lion's share goes to the Central Bank. Parliament's powers over the latter are relatively slight: there is provision for scarcely more than its consultation on the choice of Central Bank board members,¹⁵⁸ and its control powers are confined to the possibility of debating the Bank's annual report or hearing the president or members of the board in Committee.¹⁵⁹ Similarly, censure is ruled out in relation to the Commission's activities in the context of the two inter-governmental 'pillars' of the Union since Article 144 is not among the provisions applicable in these areas.¹⁶⁰

However important these two reservations may be, it nonetheless appears clear that the Treaty's signatories, in their desire to establish the Community's democratic legitimacy, have radically modified the balance of relationship between Commission and Parliament. We shall see below that the main beneficiary of these various changes will not necessarily be the seemingly obvious one.

156 In line with this new position, Article 144 provides that the new commissioners' terms of office will expire on the date that was provided for the censured Commission.

157 Article 138b, second sentence.

158 Article 109a(2), point b.

159 Article 109b(3). *Information* of the European Parliament is also provided for in the case of measures relating to excessive deficits (Article 104c(11)) and decisions on the exchange rate between the Ecu and non-Community currencies (Article 109(1)).

160 See Articles J.11 and K.8.

B. Alternative Legitimacies

Alongside the Community's direct legitimacy deriving from the strengthening of the elected Parliament's powers, the idea of *indirect* legitimation coming from strengthened cooperation between national and Community institutions has gained ground in recent years. This trans-national rather than supra-national approach had already been the basis for the joint sittings in December 1990 between representatives of the European Parliament and national parliaments ('assises'). Subsequently, the idea was taken up by the French government, which behind a smokescreen of heavily integrationalist discourse propagated institutionalization of these sittings and strengthening of the European Council, depicted as the 'emanation of the democratic legitimacy of the States' because it is made up of the heads of State and government.¹⁶¹

These proposals received a less than enthusiastic reception in other national capitals. Two declarations contained in the Final Act of the inter-governmental conference stress the importance of contacts between national parliaments and the European Parliament, inviting them to meet 'as needed'. For its part, the European Council has seen its functions of stimulus and guidance confirmed by the Treaty,¹⁶² which also reserves certain important decisions to it.¹⁶³ However, rather than alter the existing balance, these provisions tend to codify it. They also testify to a certain reluctance to accept the legitimacy of the elements of supra-nationalism that characterize the Community's institutional system.

A similar remark might be made about the novelties introduced in relation to regional representation. Clearly, the integration of many policies limits the autonomy not only of States but also of regional bodies. This is the origin of the fears that have emerged, particularly from the German *Länder*, in relation to the integrationalist pressures of the last decade. The demand for regional representation at Community level was taken up by the Federal government and led to creation of the Committee of the Regions, consisting of representatives of regional and local bodies appointed by the Council.¹⁶⁴ In the same spirit, Article 146 was amended to allow inclusion of regional representatives in national delegations to the Council.¹⁶⁵ These reforms are ambiguous ones: in either case, the choice of regional 'representatives'

161 The definition comes from French Foreign Minister Roland Dumas. See 'Le succès de Maastricht', *Revue politique et parlementaire* (1991) 43.

162 Articles D, 103(2) (economic policy) and J.8(1) (foreign and security policy).

163 Definition of general guidelines for joint action in matters covered by the foreign and security policy (Article J.3(1)); the move to the third stage of economic and monetary union, to be decided by the Council 'meeting in the composition of Heads of State or of Government' (Article 109j(2) and (3)).

164 Articles 198a-c.

165 Article 146 talks of a 'representative of each Member State at ministerial level', opening the door to participation by regional representatives that have ministerial rank.

ultimately devolves on the national authorities. But even so, they testify to the resistance that the movement towards integration is evoking at various levels.¹⁶⁶

II. Efficiency of Community Institutions

The necessity of strengthening the efficiency of Community institutions has been a recurrent theme in the Commission's proposals during the negotiations. The reforms advocated in this connection consisted of generalizing majority voting and strengthening the Commission's implementing powers.

Both proposals followed much the same logic. The generalizing of majority voting was to enable simplification of decision making at Community level while reserving a central role to the Commission in the decision-making process, since its proposals can be amended by the Council only unanimously.¹⁶⁷ Again, the problem of implementation of Community law had been the object of long-drawn out dispute in the wake of the Single Act. The Commission had striven to have its own role in this area increased, or at least to have the framework set in which the committees which supervise its work would operate. The framework decision of 13 July 1987 had brought it only partial satisfaction.¹⁶⁸

Though the Rome European Council displayed some interest in these proposals, the proceedings of the inter-governmental conference did not meet the Commission's hopes. Some progress was made regarding majority voting, now the rule in a number of areas – for instance the environment¹⁶⁹ – and for several new policies provided for by the Maastricht Treaty.¹⁷⁰ However, the rule is often flanked by many exceptions that considerably diminish its scope. Nor should the provisions regarding the new policies deceive anyone: in most of these areas the Community has been granted no real legislative competence, but only the power to adopt measures of encouragement aiming to strengthen action by Member States. Further, this power is to be measured by the yardstick of the subsidiarity principle, laid down in

166 For a more thorough analysis of this last point see R. Dehousse, 'Autonomia regionale e integrazione europea: le lezioni di Maastricht', *Atti del convegno 'L'Europa degli spazi regionali – Le prospettive del dopo Maastricht'* (1992) 145-157.

167 Old Article 149 of the Treaty, the tenor of which now appears in new Article 189a(1).

168 See Blumann, 'Le pouvoir exécutif de la Commission à la lumière de l'Acte unique européen', *RTDE* (1988) 25, Bradley, 'Comitology and the Law: Through a Glass, Darkly', 29 *CML Rev.* (1992) 693-721.

169 Article 130s.

170 Notably in the area of education (Article 126(4)), health (Article 129(4)), consumer protection (Article 129a(2)), trans-European networks (Article 129d) and development cooperation (Article 130w). Majority voting is also laid down for some aspects of monetary policy, particularly the move to a single currency (Article 109j(3)) and for certain decisions on visa policies (Article 100c).

Article 3b of the Treaty. The extension of majority voting can therefore not be viewed as a major breakthrough.

The harvest is still more meagre in respect of the Commission's implementing powers, of which the Treaty makes no mention. At this level, the only glimmer of hope for the Commission comes from introduction of the co-decision procedure into a number of areas: Parliament has never concealed the fact that its sympathy for the mysteries of comitology was limited,¹⁷¹ and it will now be able to assert its position with renewed authority.

The Treaty on European union, as the outcome of complex negotiations, has greatly increased the complexity of the Community's machinery. As evidence of this, it is enough to point out the number of procedures that may be used in certain areas. In the areas of environmental protection¹⁷² and research,¹⁷³ no less than four different procedures can be resorted to, depending on the type of measure which is envisaged. Nor are inconsistencies lacking. Although majority voting is provided for most decisions on economic policy,¹⁷⁴ unanimity remains the rule for tax matters,¹⁷⁵ though these are in theory nothing but an economic policy instrument. Similarly, the co-decision procedure has been introduced into two areas – culture¹⁷⁶ and research¹⁷⁷ – in which the Council has to decide unanimously; this seems rather contradictory, since unanimity does not facilitate the reaching of a compromise.¹⁷⁸

Such considerations are not solely inspired by lawyers' well-known predilection for symmetry. This accrued complexity harms the effectiveness of the institutional system. Immediately following the Single Act, it became evident that the manifold possible legal bases for adopting a given measure constituted a considerable source of dispute, with each institution tending to favour the procedure that gave it the most powers. Despite the guiding

171 And Parliament had appealed against the the Council's framework decision, for it to be quashed; this appeal was the basis of the ECJ Judgment 302/87 of 27 September 1988, *Parliament v. Council*, [1988] ECR 5615.

172 Article 130s provides for several possibilities: cooperation procedure, unanimous decision by Council after consulting the European Parliament, Council decision by qualified majority, co-decision procedure. Moreover, recourse to Article 100a is still possible for a broad range of measures (on this point see Judgment 300/89, *Commission v. Council* (titanium dioxide), [1991] ECR 2867.

173 Viz. co-decision procedure with unanimous decision by Council, unanimous decision by Council after consulting Parliament, cooperation procedure, associated in certain cases with agreement by Member States concerned (Article 130i and 130o).

174 Articles 130 and 104c.

175 Article 99.

176 Article 128(5).

177 Article 130i.

178 Durand, 'Le traité sur l'Union européenne (Maastricht, 7 février 1992) – Quelques réflexions', in *Le droit de la CEE – Commentaire Mégret* (1992) 409.

principles identified by the Court,¹⁷⁹ the persisting uncertainties hardly help to make the Community's operations transparent. As a result, control over the actions of bodies taking part in the procedures makes for a rather haphazard task. The Maastricht Treaty has brought no improvement in this area, and there are reasons to fear that the lack of transparency of the Community machinery will but feed feelings of alienation which already seem deeply rooted in large layers of public opinion.

III. General Assessment

A. Winners and Losers

At the institutional level, Parliament appears to be the great beneficiary of the changes brought by the Treaty. Its legislative role is consecrated through the co-decision procedure. Moreover, it should now be able to bear down decisively on other procedures, since it has been given the means of exercising genuine political control over the Commission. This result is all the more noteworthy since Parliament was less closely associated with the reform process than it would have wished.

For its part, the Commission emerges weakened from this long institutional debate. Its role in the negotiations was far less important than at the time of drafting the Single Act. Many of its proposals on political union failed to rally the support of the Member States. This was true in particular for proposals dealing with the generalization of majority voting, implementing powers, and a new hierarchy of norms.¹⁸⁰

The Commission will also largely be affected by the increase in Parliament's powers. Not only will it be subject to stricter control than in the past, but the new co-decision procedure will also see direct Parliament-Council dialogue replacing the Commission-Council dialogue that was the main brace of the old procedures. It is a sign of the times that when a conciliation committee is resorted to, the rule that required unanimity in the Council in order to amend Commission proposals will no longer apply.¹⁸¹ Manifestly, the desire to promote agreement between the two branches of the legislative power took precedence over the concern to preserve the supranational virtues of Commission proposals.

The Commission's loss of credit is confirmed by several factors. Most symptomatic in this connection is the erosion of the initiative right that was

179 Bradley, 'The European Court and the Legal Basis of Community Legislation', 13 *EL Rev.* (1988) 378-402.

180 The proposals presented by the Commission to the two intergovernmental conferences were published in *Bull. EC, Suppl.* 2-91.

181 Article 189a(1).

one of its traditional strong points. For a number of measures relating to economic and monetary union the Commission has the right only to make recommendations,¹⁸² which unlike proposals may be amended by qualified majority – and even this right is sometimes shared with the European Central Bank.¹⁸³ There have also been endeavours to hedge its right of initiative by providing the possibility for Parliament¹⁸⁴ – or even in certain cases a Member State¹⁸⁵ – to invite the Commission to submit a proposal to the Council. As was said earlier, this innovation seems destined for a bright future in the emerging institutional context: a Commission deriving from Parliament's political will can hardly turn a deaf ear to demands of this sort coming from the parliamentary majority.

Finally, two declarations inserted in the Final Act of the conference invite the Commission to propose a set of measures aimed at improving public access to information and at the furnishing of systematic assessments of the costs and benefits of its proposals. This is hardly innovative in essence, but the fact that it was felt necessary to add these declarations to a set of rather restrictive institutional arrangements testifies to some mistrust of the 'Brussels bureaucracy'. The debates on Treaty ratification were to confirm that on this point the national representatives were in line with public opinion in more than one Member State.

B. Who Gains from the 'Weld' Between Parliament and Commission?

Institutionally, and especially politically, the Commission thus seems to have lost ground in the new institutional deal, to the benefit of Parliament. The role Parliament is to play in nominating the Commission and the resulting increased control powers should greatly influence relationships between these two institutions.

However, by contrast with what a superficial reading might suggest, it is far from certain that Parliament will ultimately be the beneficiary of the link with the Commission that the Treaty has sought to bring about.

It is obviously hard to predict what the new inter-institutional relationships will look like. Too many variables may influence their development. However, a number of avenues may tentatively be indicated.

182 This is the case in particular for decisions relating to Member States' economic policies (Article 103(2) and (4)), measures to be taken in the event of excessive budget deficits (Article 104c) or the move to a single currency (Article 109j and k). The same is true of certain aspects of visa policies (Article 100c(2)).

183 In the area of exchange rates with non-Community currencies (Article 109(1) and (2)) or amendments to the European Central Bank's statutes (Article 106(5) and (6)).

184 Article 138b.

185 Articles 100c(4) and 109d.

As discussed above, the main innovations have to do with the possibility given Parliament to participate effectively in nominating the Commission and acting as a check on it. These are two very familiar features of parliamentary systems, where the executive has to be able to rely on the confidence of a parliamentary majority. Must one conclude that Parliament will necessarily be the dominant feature at Community level? That is far from certain.

In many parliamentary systems, the need for the government to have the support of a parliamentary majority, which in theory gives parliament control over the executive, in reality often enables the latter to ensure discipline over its majority. Fear of bringing the government down makes the members of its majority tend systematically to support the executive's proposals. Nothing would prevent a similar situation from emerging in the case of the Community.

The same goes for appointment of the Commission which, in the system set up by the Treaty, is supposed to be the big concern of Parliament members in the first months after their election. It will hardly be surprising, then, if this point plays an important part in European elections. Imagine each European party nominating its own presidential candidate at the start of the election campaign. There is every reason to expect the campaign would be highly personalized; by voting for a party, electors would be aware they were indirectly contributing to choosing the Commission's president, just as by voting conservative in 1992 British voters were choosing to confirm Mr Major in office.

Such a development is bound to have consequences. The possibility of contributing indirectly to the appointment of the executive might lend European elections an importance they lacked in the past, which might *inter alia* be reflected in higher participation rates. But changes would probably not be confined to this. If the appointment of the President and commissioners confirms the indications coming from the popular vote – which is now possible – the relationships between the executive and its majority are likely to be affected thereby. Though the Commission will need support from the Parliament, it would – indirectly – derive its legitimacy from the elections themselves. Still more, the President could claim that his involvement in the campaign contributed to the success of his banner, which should help him exert a whip over his majority.

Surprising as this turn-round in the position might seem, precedents are by no means lacking: a similar development took place in the United States at the end of the 19th century, when candidates for senator, who had to be elected by state legislatures, began campaigning when the time came to re-elect their state's legislature. The authority they derived from their part in

that election enabled them gradually to free themselves of the often pervasive control that state legislatures had been imposing on their activities.¹⁸⁶

Still, for this scenario to become reality, European political parties would have to reach a degree of cohesiveness which they have not displayed so far. Parliamentarians' attitudes to their parties will certainly hang together with the electoral system chosen, assuming that there will finally be agreement on a uniform electoral procedure. It would however be wrong to think that the changes discussed on the foregoing pages will not bear on the behaviour of the main actors on the Community political stage. The very importance of Parliament's powers will stimulate political groups to display more cohesiveness: as in any assembly, breaches of group discipline will be more severely punished when it comes to voting for or against confidence in the executive. Conversely, some of the features that contribute to the executive's hold over parliaments, like the possibility of dissolving them, will not be open to the Commission. Thus, the story remains to be written. At the very least, though, such a forecasting exercise should warn us against any formalist reading of the Maastricht Treaty, by stressing that the developments that might come from it are manifold.

C. Centre-Periphery Relations

So far, most of my remarks have focused on the horizontal axis of the institutional system, namely the relations among Community institutions. It would however be unlikely for the reshuffling of the cards among the Community institutions to have no effect on the Community and its Member States.

Though the model we can see emerging from the institutional workshop of Maastricht is still vague in outline, it appears clear that the parliamentary system, in which the executive derives from a majority whose confidence it must keep, served as the reference point throughout the discussion on institutional matters. Should this evolution be confirmed, centre-periphery relationships would be radically altered.

The linkage between Parliament and Commission is in fact likely to transform the latter considerably. One of the main features of the Commission as designed by the original Treaties is its mixed nature as a multinational and multi-party body. Even under a strong presidency like Jacques Delors' the Commission has remained a collegiate body devoid of clear political colour. This feature, while largely responsible for the technocratic profile of integration that some decry, has undoubtedly been a trump card in relationships with Member States. Its neutrality prevents the Commission from

186 The 17th amendment to the Constitution, adopted in 1913, was to crown this process by requiring direct election of senators. See Riker, 'The Senate and American Federalism', 44 *American Political Science Review* (1955) 452-469.

being perceived as too 'alien' a body in national capitals despite the institutional autonomy it enjoys.

It is unlikely that things will remain so tomorrow, as the Commission has to have the support of a parliamentary majority. The resulting politization in both membership and programme will perhaps make things clearer to the European voter. However, relationships with national governments are likely to suffer.

For instance, imagine the two political groups that currently dominate Parliament – the Christian Democratic EPP and the Socialist Group – coming to an agreement on a government programme. What might the relations be between a Commission born of such an agreement and, say, a Conservative government in London or a Gaullist-dominated one in Paris? Neither would be likely to see the new Commission as in any way 'theirs', even if, as prescribed by Article 157, it contains at least one of their countrymen.

The emergence of a party logic at Commission level is also likely to have effects on its institutional role. Its function of mediator among national interests, and in particular its mission as defender of small States, would be made more difficult by such a drift. This is not to say that either function would necessarily disappear. The experience of parliamentary federations shows that party affiliation and representative logic are not, properly speaking, incompatible. However, in the event of a conflict the former tends to gain the upper hand over the latter.¹⁸⁷

In more general terms, the majoritarian logic that characterizes parliamentary systems tends to promote the development of a horizontal rationality within the central institutions: coordination among the various departments of the executive and relationships with Parliament move ahead of representing the interests of the federation's components. This clearly does not simplify relationships between the various levels of power. A number of studies attribute the relative stability of American federalism to the existence of a tight network of intergovernmental relationships – the 'marble cake' described by Morton Grodzins¹⁸⁸ – in which decisions are taken by specialists in a given area, without too much regard for questions of formal powers, or party considerations. By contrast, the 'horizontal' rationality typifying parliamentary regimes, especially when combined with partisan antagonism, tends to give accrued importance to jurisdiction concerns, thereby rendering intergovernmental cooperation harder.¹⁸⁹

187 Lemco and Regenstreif, 'The Fusion of Powers and the Crisis of Canadian Federalism', 17 *Publius* (1987) 105-113.

188 D.J. Elazar (ed.), *The American Federal System: A New View of Government in the United States* (1966).

189 The phenomenon has been described by Smiley, 'The Structural Problem of Canadian Federalism', 14 *Canadian Public Administration* (1971) 326-43. See also Watts, 'The

Naturally, the kind of parliamentary model that will emerge at Community level will ultimately depend on a number of variables that still remain indeterminate – be it the cohesiveness of political parties or the type of coalition that will be formed. Yet, if the Parliament-Commission axis is as stout as the Treaty foresees, there is a real risk of seeing tensions develop between the Community and its Member States.

As far as one can judge, the danger of a major confrontation seems low. As the organ representing national interests, the Council keeps a central role in all legislative procedures. Still more, many procedures require the vote of a majority of European Parliament members, in practice amounting to a two-thirds majority of votes cast; these two conditions are even combined in the case of a censure motion.¹⁹⁰ This will probably necessitate the emergence of a 'grand coalition' in which a large number of diverse interests will be represented. However, the lack of a body with the charge of reconciling the various interests is likely to be felt.

If this development takes on flesh, the Maastricht Treaty will have led to a paradoxical result. On the one hand, by increasing the European Parliament's powers, it will have contributed to establishing the Community's democratic legitimacy, while furnishing a remedy for the political deficit I mentioned earlier. On the other hand, it will have weakened one of the pillars of the Community edifice, the representation of Member States, more seriously than might at first seem. Do the two necessarily go hand in hand, or can we conceive of a system that would allow these two fundamental aspects of the legitimacy of any divided-power system to be reconciled? To my mind, this is one of the major questions that will have to be answered in the forthcoming institutional debate.

Historical Development of Canadian Federalism', in R.L. Mathews (ed.) *Public Policies in Two Federal Countries* (1982) 13-26.

190 Article 144(2).

Conclusion

What Political System for the Community?

The foregoing remarks highlight the fact that, in spite of its many ambiguities, the Maastricht Treaty is likely to upset the institutional balance that has marked four decades of European integration. It is therefore hard to avoid the question of the political system one intends to set up in the Community. To date the question has been carefully avoided by national political leaders, for fear that embarking on an institutional debate of this breadth would open a new Pandora's box. The option has therefore been to advance by small steps, gradually adjusting the institutional system to new needs. Though this development has been far from meeting its expectations, Parliament has ably managed to exploit the possibilities of institutional development that were offered to it.¹⁹¹

This pragmatic approach has had the great merit of enabling a number of advances. Given the huge contrasts among national views on the ultimate objectives of European integration, there were few reasons to hope that a major institutional debate on the Community's institutional future would have ended in any agreement.

Is such pragmatism still a valid strategy?

That is far from certain. The Community calendar has two major dates on it that are none too far off: the Treaty revision planned for 1996, and possible enlargement of the Community by the interested EFTA countries. Institutional questions are accordingly going to stay on the agenda for several years to come, so that an indirect approach is liable to be difficult. The very example of the Maastricht Treaty should signal caution. Have we not just been clearly shown that one of these compromises carefully patched up by representatives of national governments over months of negotiations can have difficulty securing acceptance from public opinion, when the latter is faced with choices to which it has been prepared by no genuine debate?

One of the possible interpretations of the difficulties the Treaty has given rise to is that we have reached the limit of what the functionalist method could allow – at least as far as institutional problems are concerned. To a great extent, the Community is a victim of its own success. The undeniable progress made over the last ten years has given it a role in a number of areas which affect a growing number of European citizens. This development has also engendered resistance, as illustrated by the present enthusiasm for the notion of subsidiarity. At the same time, it has made more difficult any attempt to change the Community's functioning or objectives shut off from the

191 See the examples given by Jacqué, 'Cours général de droit communautaire', *AEL* (1990) Vol. I, Book I, 253-254.

public gaze. European public opinion seems no longer willing to accept being excluded from a debate the importance of which it is starting to perceive.

Nor is the question merely one of practicalities. It goes to the heart of the problem: from an ethical viewpoint, it is hard to accept that the question of how hundreds of millions of European citizens are to be governed tomorrow can proceed without public debate, on the pretext that facing it indirectly lets one go faster or further.

For all these reasons, an open discussion on the objectives of the integration process and the way the Community institutional edifice ought to be structured now seems requisite. Undoubtedly, this is a choice that brings risks with it. Recent events have confirmed just how much the vision of Europe could vary from one nation to another. Nonetheless, political leaders will have to address this problem, if they want to avoid getting out of step with public opinion. Integration can be made deeper only if there is adequate public consensus as to the way the next stages are to be pursued.

Table of Contents

I. Introduction, The Quest for Uniformity	241
II. The Nature of Enforcement, Enforcing Community Rights	242
A. The Principle of the Effectiveness	242
B. The Principle of the Primacy	243
C. The Principle of the Autonomy of the Legal Order	244
D. The Principle of the Mutual Recognition	245
III. Problems of Enforcement	246
A. Direct Effect	246
B. Indirect Effect	247
C. State Liability under Paragraph 2 of Article 235	248
1. The What Has Been Done in Community Law Will States Be Responsible?	248
2. The Three Conditions	249
3. Amount of Damages	249
4. Allocation of Damages in Paragraph 2	249
5. Relationship between Paragraph 2 and Paragraph 1	250
6. Relationship between Paragraph 2 and Paragraph 1	251
7. <i>Environ v. Minister of Social Welfare</i>	252
D. <i>Environ v. Minister of Social Welfare</i>	252
IV. The Provision of Remedies by National Courts, Principles and Problems	253
A. The Principles	253
1. The Principle of National Autonomy	253
2. The Principle of Community Autonomy	254
3. The Principle of Mutual Recognition	254
B. The Problems	255
1. The Principle of National Autonomy	255
2. The Principle of Community Autonomy	256
3. The Principle of Mutual Recognition	256
V. Challenging Community Legislation	257
VI. Conclusions	258
Bibliography	259

EC Law

Problems of Enforcement

by

JOSEPHINE STEINER

EC Law
Problems of Enforcement

by

JOSEPH STONE

Table of Contents

I.	Introduction: The Need for Enforcement	249
II.	The Means of Enforcement: Enforcing Community Rights	252
	A. The Principle of Direct Effects	252
	B. The Principle of Indirect Effects	255
	C. The Principle of State Liability Under Francovich	256
	D. Modification of National Limitation Rules Under Emmott v. Minister for Social Welfare	257
	E. The Principle of Supremacy of EC Law	259
III.	Problems Arising From These Principles	260
	A. Direct Effects	260
	B. Indirect Effects	262
	C. State Liability under Francovich v. Italian State	265
	1. For What Breaches of Community Law Will States Be Responsible?	266
	2. The Three Conditions	268
	3. Assessment of Damage	269
	4. Alternative Remedies Based on Francovich	269
	5. Relevance of Principles Governing Community Liability Under Article 215(2)	270
	6. Relationship between Francovich and Remedies based on Direct and Indirect Effect	271
	D. Emmott v. Minister for Social Welfare	272
IV.	The Provision of Remedies by National Courts: Principles and Problems	274
	A. The Principles	274
	1. The Principle of National Treatment	274
	2. The Principle of Non-discrimination	275
	3. The Principle of Effectiveness	275
	B. The Problems	276
	1. The Principle of National Treatment	276
	2. The Principle of Effectiveness	277
V.	Challenging Community Obligations	284
VI.	Conclusions	285
	Bibliography	287

Table of Contents

249	I Introduction: The Need for Enforcement
252	II The Issues of Enforcement: Enforcing Community Rights
252	A. The Principle of Direct Effects
252	B. The Principle of Indirect Effects
256	C. The Principle of State Liability Under Francovich
257	D. Modification of National Liability Rules Under Emment
259	E. The Principle of Supremacy of EC Law
260	III Problems Arising From These Principles
260	A. Direct Effects
262	B. Indirect Effects
262	C. State Liability under Francovich v. Italian State
264	1. For What Breaches of Community Law Will States Be Responsible?
265	2. The Three Conditions
269	3. Assessment of Damage
269	4. Alternative Remedies Based on Francovich
270	5. Relevance of Principles Governing Community Liability Under Article 215(2)
271	6. Relationship between Francovich and Remedies based on Direct and Indirect Effect
272	D. Emment v. Minister for Social Welfare
274	IV The Provision of Remedies by National Courts: Principles and Problems
274	A. The Principles
274	1. The Principle of National Treatment
275	2. The Principle of Non-discrimination
275	3. The Principle of Effectiveness
276	B. The Problems
276	1. The Principle of National Treatment
277	2. The Principle of Effectiveness
284	V Challenging Community Obligations
285	VI Conclusions
287	Bibliography

Biography

Mrs J. Steiner is a Senior lecturer in Law at Sheffield University. She came to law as a mature student, having obtained a degree in languages at King's College, London (BA First Class) and worked in business for some years as a buyer in a large department store (Bentalls Ltd., Kingston-upon-Thames). Her LLB (First Class) was obtained in Sheffield in 1976. Since then she has written and lectured widely on a variety of topics of EC law. Her *Textbook on EC Law* (first edition 1988) is now in its third edition; a fourth edition will be out in 1994. It has been translated into Spanish and Hungarian and is widely used in universities and other teaching institutions throughout the world. She has contributed chapters in other books on the EC, notably a chapter to the impact of EC law on the English legal system in *The United Kingdom and EC Membership Evaluated* (1992) and a chapter on subsidiarity under the Maastricht Treaty in *Legal Issues of the Maastricht Treaty* (1993). She is currently writing a book on remedies and enforcement of EC Law, to be published in 1994. She has been a regular contributor to the major English and EC Journals (*LQR*, *ICLQ*, *CML Rev.*, *EL Rev.*). She is married and has three children.

Principal Publications

Books

Textbook of EEC Law (1988) 293 pages.

Second (substantially revised) Edition *Textbook of EEC Law* (1990) 328 pages.

Spanish Edition of *Textbook of EEC Law* (1990).

Hungarian Edition of *Textbook of EEC Law* (1990).

Third (substantially revised) Edition *Textbook of EEC Law* (1990) 363 pages.

Chapter 15 'The Legal System', in *The United Kingdom and EC Membership Evaluated* (1992) pages 124-137.

Chapter 4 'Subsidiarity under the Maastricht Treaty', in *Legal Issues of the Maastricht Treaty* (1993).

Commissioned

Enforcing European Community Law, publication anticipated in 1994.

Articles

'A Question of Remoteness', *Northern Ireland Legal Quarterly* (1979) 282-296.

'The Application of EEC Law in National Courts: Problems, Pitfalls and Precepts', 96 *LQR* (1980) 126-139.

'Sex Discrimination in UK and EEC Law – Two Plus Four Equals One', 32 *ICLQ* (1982) 399-419.

'Child Benefits and EEC Law – Out of the Impasse', 33 *ICLQ* (1984) 477-483.

'The Right to Welfare: Equality and Equity Under Community Law', 10 *EL Rev.* (1985) 21-41.

'Recipients of Services – Are Some More Equal Than Others?', 10 *EL Rev.* (1985) 348-352.

'How to Make the Action Suit the Case – Domestic Remedies for Breach of EEC Law', 12 *EL Rev.* (1987) 102-122.

'Of Shoes and Ships and Sealing Wax', 13 *EL Rev.* (1988) 336-345.

'Coming to Terms with EEC Directives', 106 *LQR* (1990) 144-159.

'A Citizens' Europe; Fundamental Community Rights', Part I *The Adviser* (January 1990).

A Citizens' Europe', *The Adviser* (1990) Part II March.

- 'Solicitors' Liability for Costs', 5 *Professional Negligence* (1989) 206-208.
- 'Solicitors' Liability for Costs Revisited', 6 *Professional Negligence* (1990) 81-83.
- 'Solicitors' Liability in Negligence; Getting Damages Right', 6 *Professional Negligence* (1990) 134-137.
- 'Solicitors' Liability and Limitation Rules', 6 *Professional Negligence* (1990) 183-185.
- 'Developments in Liability for Economic Loss since *Junior Books v. Veitchi*', *Queensland Lawyer* (1991) 76-88.
- 'Social Security for EC Migrants', *Journal of Social Welfare and Family Law* (1992) 33-47.
- 'Drawing the Line; Uses and Abuses of Article 30 EEC', 29 *CML Rev.* (1992) 749-774.
- 'From Direct Effects to *Francovich*; Shifting Means of Enforcement of EC Law', 18 *EL Rev.* (1993) 3-22.
- 'EEC Directives: Their Use and Effect in the Field of Employment Law', *The Adviser* (1993).

Notes

- (with D.C. Hoath), 'Xenophobia and the Housing (Homeless Persons) Act', 43 *MLR* (1980) 703-708.
- 'EEC Nationals - Are Some More Equal Than Others?', 30 *LQR* (1981) 365-369.
- 'EEC Directives - A New Route to Enforcement', 34 *LQR* (1985) 491-496.

'Solicitors' Liability for Costs, 2 Professional Negligence (1989) 206-208

'Solicitors' Liability for Costs Revisited', 6 Professional Negligence (1990) 81-83

'Solicitors' Liability in Negligence: Getting Damages Right', 6 Professional Negligence (1990) 134-137

'Solicitors' Liability and Limitation Rules', 6 Professional Negligence (1990) 183-185

'Developments in Liability for Economic Loss and Junior Books', 7 Yacht, Quarterly Law Review (1991) 76-88

'Social Security for EC Migrants', Journal of Social Welfare and Family Law (1992) 33-43

'Drawing the Line: Fees and Awards of Article 20 EEC', 19 Civil Law (1992) 203-212

'From Direct Effect to Primacy: Shifting Methods of Enforcement of EC Law', 18 European (1993) 502

'EC Directives: Their Use and Effect in the Field of Employment Law', 18 Advocate (1993)

Notes on the application of Article 171, 22 European Law Review (1993) 43

(with D.C. Heath), 'Xenophobia and the Housing (Homeless Persons) Act', 43 MLR (1980) 703-708

'EC Directives - Are Some More Equal Than Others?', 18 ELR (1989) 283

'EC Directives - A New Route to Enforcement', 18 ELR (1989) 431-432

'EC and the Law - A New Era', 18 ELR (1989) 433-434

'EC and the Law - A New Era', 18 ELR (1989) 435-436

'EC and the Law - A New Era', 18 ELR (1989) 437-438

'The Right to Work: Equality and Rights Under Community Law', 18 ELR (1989) 439-441

'Treatment of Services - Are Some More Equal Than Others?', 18 ELR (1989) 442-443

'How to Make the Rules of the Game - Domestic Remedies for Breach of EC Law', 18 ELR (1989) 444-445

'Of States and Ships and Sailing War', 18 ELR (1989) 446-447

'Common Law with EC Directives', 18 ELR (1989) 448-449

'A Common European Constitutional Order: Part 1 The Law of the Community', 18 ELR (1989) 450-451

'A Common European Constitutional Order: Part 2 The Law of the Community', 18 ELR (1989) 452-453

I. Introduction: The Need for Enforcement

Although EC law is a form of international law, arguably no different from the law derived from other international treaties,¹ it has several distinguishing characteristics. Its extensive scope, and the degree to which it penetrates domestic law, largely as a result of the jurisprudence of the European Court of Justice (ECJ), differentiate it from other forms of international law, and give rise to special problems of enforcement.

EC law comprises a substantial and ever growing body of law extending over a wide range of activities. It consists of treaty provisions, secondary legislation in the form of Regulations, Directives and Decisions, and even general principles of law common to the constitutions of Member States or contained in international treaties concerned with the protection of human rights.² Within the EC there are laws governing the internal market, designed to achieve the free movement of goods, persons, services and capital; common policies for agriculture and fisheries, competition and transport; social laws in the field of health and safety, employment and education; laws in areas peripheral to the internal market³ in the field of commercial, company, consumer, and environmental law; laws relating to research and development. Once the Maastricht treaty⁴ is ratified, the Community will be moving towards the goal of a single currency and economic and monetary union. The Community also has extensive external competence in the field of trade, in its implementation of the Common Customs Tariff (CCT) and competition, particularly anti-dumping, rules, and the granting of aid.

Thus the EC Treaty is wider in its scope than most international treaties, covering many areas normally reserved to national law alone, matters capable of giving rise to extensive rights and obligations for individuals as well as for Member States.

In a perfect world there would be no need for special rules relating to enforcement. States would comply with their obligations under the treaty or secondary legislation. The rights which EC law intended to confer upon individuals would be incorporated into and protected under national law. But the world is not perfect. States, sometimes deliberately, sometimes inadvertently, fail to comply with their obligations; they breach treaty rules; they fail to implement Directives. As a result individuals may suffer loss.

So there was a need for individuals to claim the benefit of EC *rights* when Member States had failed to fulfil their obligations under Community law.

1 See Wyatt, 'New Legal Order or Old?', 7 *EL Rev.* (1982) 147.

2 Case 4/73, *Nold*, [1974] ECR 491.

3 Described by Toth as 'flanking' policies, 'The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty', *CML Rev.* (1992) 29, at 1079.

4 Treaty on European Union 1992, signed at Maastricht.

There was also a need for individuals to be able to challenge Community obligations. The EC institutions have wide powers under Article 189 EEC to enact legislation in the form of Regulations, Directives and Decisions, which may impose obligations on individuals. If individuals are to be adversely affected by such rules, it is important that they be subject to effective judicial review.

Although procedures were provided by the EC Treaty for the enforcement of Community law against both Member States and Community institutions they did not prove adequate to fulfil these tasks.

The procedures laid down in the EC Treaty under Articles 169 and 170 for the enforcement of EC law by the Commission or Member States against Member States which have 'failed to fulfil their obligations under the EEC Treaty' lacked coercive power. Indeed the procedures were never intended to be punitive. They were designed, by means of a tactful three-stage procedure, to settle differences and secure compliance-by-persuasion on the part of Member States, preferably without the need for the matter to reach the final, contentious stage before the Court. But from the individual's point of view the procedure was inadequate for a number of reasons.

Firstly, the Commission has a discretion as to whether or not to institute Article 169 proceedings. An individual may have suffered damage as a result of a state's failure to comply with Community law, for example he may have paid an illegal tax or customs duty in breach of Article 95 or Article 12, but he has no power to compel the Commission to act under Article 169.⁵ Where the breach of Community law appears insignificant, or the matter is politically sensitive, *a fortiori* where the state has rectified the breach, the Commission may choose not to act.

Secondly, even if the Commission brings proceedings, resulting in a declaration of failure to observe Community law, the Court had no power prior to Maastricht to fine the offending state. Under Article 171 EEC Member States were merely required to 'take the necessary measures to comply with the Court's judgment'. Increasingly, they were failing to do so. The problem became acute following the 1986 Single European Act, with the accelerated pace of EC legislation in the form of harmonization Directives designed to complete the internal market. Without effective sanctions, there was little incentive for states to comply with their duties of implementation. In the face of measures perceived as undesirable they could simply buy time. The only risk they incurred was further proceedings under Article 169, for failure to comply with their obligation under Article 171. In 1990 the Commission instituted no less than 40 fresh Article 169 proceedings.⁶ The Maastricht Treaty

5 Confirmed in Case 48/65, *Alfons Lutticke GmbH v. Commission*, [1966] ECR 19.

6 Commission's 8th Report on the Monitoring and Application of Community Law OJ 1991 C 338/1.

has gone some way to remedy this. An amended Article 171 will enable the Court to impose a fine (on referral from the Commission) if the state fails to comply with a judgment against it under Article 169. No guidelines have yet been issued as regards the size of the fine, or the criteria by which it might be assessed; nor is there provision for periodic penalties.⁷ Moreover the imposition of fines will not provide compensation for individuals who have suffered loss as a result of *past* breaches by Member States of EC law. And if the Commission decides in its discretion not to act under Article 169 there will be no finding of failure. Unless failure is established there can be no claim for damages or restitution for losses suffered as a result in respect of action (allegedly) in breach of Community law.

So it was necessary to find other ways to enable individuals to enforce Community law – to claim their rights – when Member States acted, or failed to act, in breach of EC law.

As well as providing for direct action before the ECJ for infringements of EC law by Member States, the treaty also provided procedures whereby Community action (in the form of secondary legislation) or inaction could be challenged directly before the ECJ, in proceedings for annulment under Article 173, or for failure to act under Article 175. EC legislation may be annulled on one of four grounds; lack of competence; infringement of an essential procedural requirement; infringement of the treaty or any rule of law relating to its application; and misuse of powers. But, like Article 169, these provisions were of limited use to individuals. Whatever the merits of his claim, a 'natural or legal person' is only entitled to challenge a Decision addressed to himself or a Decision in the form of a Regulation addressed to another person if it is of direct and individual concern to himself. These provisions have been narrowly construed by the Court. Thus the individual has no right to challenge a true Regulation. Yet Regulations, being 'binding in their entirety and directly applicable in all Member States'⁸ often impose obligations on individuals, or deny them rights to which they feel they may be entitled. For example the Community's Common Commercial Policy, its common customs regime and anti-dumping rules are enforced principally by Regulations. The individual's standing is equally limited if he wishes to challenge the Community institutions' failure to act. For his action to be admissible he must establish that he is entitled to demand action on the part of the Community.⁹ This is a heavy burden.

7 As for example for breaches of Competition law under Regulation 17/62. OJ Special Edition (1959-62) 87.

8 Article 189(2) EEC.

9 Interpretation given to the requirement of Article 175 that the Community institution should have 'failed to address to that person any act other than a recommendation or an opinion'. See, e.g., Case 246/81, *Bethell v. Commission*, [1982] ECR 2277.

Thus it was necessary to find alternative ways whereby the actions or inaction of the Community institutions might be challenged. The alternative route in both these situations – asserting Community rights and challenging obligations – lies in action before national courts. In the former case, the means of enforcement, or more effective enforcement, were provided by the Court of Justice. These comprise three basic principles, namely the principle of direct effect, the principle of indirect effect, and the principle of state liability in damages, buttressed by the modification of national limitation rules effected by the ECJ in the case of *Emmott v. Minister for Social Welfare*¹⁰ and the principle of supremacy of EC law. Similarly, the opportunity for individuals to challenge Community obligations has also been enhanced as a result of the Court's jurisprudence, by the adoption into EC law of general principles of law and by extending individuals' opportunities, via the principle of direct effects, to challenge Community law before their national courts. Neither of these developments has been without problems; but the principal problems, and the main emphasis in this paper, lie in the field of enforcement of Community rights.

II. The Means of Enforcement: Enforcing Community Rights

A. The Principle of Direct Effects

In *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*¹¹ the European Court formulated its first and most significant principle concerning direct effects. Directly effective Community law is law which may be invoked directly by individuals before their national courts. Provided it fulfils the criteria for direct effects – it must be unconditional and sufficiently clear and precise to be capable of application by national courts – it may be invoked directly in order to challenge or avoid the application of any conflicting domestic law, no matter what the nature of that law. The criteria are not strictly applied. Even though a measure may be conditional for its effect on further measures of implementation by Member States, it will be directly effective on the expiry of the time limit prescribed for its implementation.¹² And the ECJ has held that even where the EC provision is not clear, matters concerning its precise meaning and scope of application may be referred to ECJ for interpretation.¹³ This point must be kept in mind when the question

10 Case C-208/90 [1991] ECR I-4269; [1991] 3 CMLR 894.

11 Case 26/62 [1963] ECR 1.

12 Confirmed in Case 148/78, *Pubblico Ministero v. Ratti*, [1979] ECR 1629.

13 Case 41/74, *Van Duyn v. Home Office*, [1974] ECR 1337.

of the liability of public and even private bodies for breaches of Community law is being considered.

It may be noted that the treaty article held directly effective in *Van Gend en Loos* was Article 12. This article requires Member States to 'refrain from introducing between themselves any new customs duties on imports or exports or charges having equivalent effect'. It does not prima facie confer rights on individuals. Advocate General Roemer in his submissions in *Van Gend en Loos* suggested that Article 12 was too complex a provision for direct effects; to allow national courts to apply it would lead to divergencies in its application. The Court disagreed; 'Community law,' it held, 'not only imposes obligations on individuals but also confers on them legal rights ... not only when an explicit grant is made by the treaty, but also through obligations imposed in a clearly defined manner on Member States. The vigilance of individuals interested in protecting their rights creates an effective control additional to that entrusted by Articles 169 and 170 to the diligence of the Commission and the Member States'. So the principle of direct effects was justified in *Van Gend en Loos* on two grounds; to protect individuals' Community rights and to provide an additional means of control over Member States' infringements of Community law.

In *Van Gend en Loos* the principle of direct effects enabled Van Gend to invoke Article 12 EEC against the state as represented by the Dutch customs' authorities, who had increased customs duties on certain products in breach of Article 12 EEC. Such a claim against the state, or an agency of the state, is described as 'vertical' in its effect. In *Defrenne v. Sabena*¹⁴ the ECJ held that a Treaty Article, in this case Article 119, might also be invoked against a private party (known as a 'horizontal' effect), even though Article 119 expressly imposes the obligation to ensure equal pay for equal work for men and women on Member States. This represented a significant extension of the principle of direct effects, since the obligation was not prima facie imposed on private parties. There is no doubt that the ruling was motivated by a determination on the part of the Court to guarantee the uniform enforcement of Treaty rules even when states had not themselves complied with their obligations under the EC Treaty. Since *Van Gend en Loos* many treaty rules have been found directly effective, both vertically and horizontally.

To what extent may EC secondary legislation be directly effective?

Regulations present few problems. Described in Article 189 as 'binding in their entirety and directly applicable in all Member States' they were intended to be applied directly. They were not intended to be implemented by states. Therefore, provided they fulfil the criteria for direct effects they can be invoked vertically and horizontally.

14 Case 43/75 [1976] ECR 455.

Decisions also present few problems. As individual acts, 'binding in their entirety' on those to whom they are addressed,¹⁵ they may be invoked directly against their addressee.

Directives are more of a problem. Defined in Article 189 as 'binding as to the result to be achieved' on each Member State to which they are addressed, but leaving 'to the national authorities the choice of form and methods' of implementation,¹⁶ they were clearly not intended to be directly applicable; they were intended to take effect within Member States by virtue of national implementing measures. Despite this the ECJ held in *Grad*¹⁷ that they too could be directly effective. The fact that only Regulations were described as directly applicable did not mean that other binding acts were incapable of such effects. It would be incompatible with their binding nature to exclude in principle the possibility that persons affected might invoke the obligation imposed by a Directive against the state. 'The effectiveness (*l'effet utile*) of such a measure would be weakened if the nationals of that state could not invoke it in the courts and the national courts could not take it into consideration as part of Community law.'¹⁸ Thus, provided that the criteria for direct effects are satisfied and the time limit for implementation has expired Directives too may be directly effective.

Not all national courts were prepared to agree. Article 189 only described Regulations as directly applicable. Directives were intended to take effect via national implementing measures. For this reason the French *Conseil d'Etat* in *Cohn Bendit*¹⁹ and the German *Bundesfinanzhof* in *Re VAT Directive*²⁰ refused to acknowledge that Directives could be directly effective. However in *Becker v. Finanzamt Munster-Innenstadt*²¹ the ECJ found a way of persuading national courts of the legitimacy of applying Directives directly against the state. It reasoned, convincingly, that since the obligation to implement the Directive is placed on the state, the state cannot plead its own wrong (in failing to implement the Directive) in an action against it based on the Directive. However, this reasoning clearly could not apply to actions against private parties. So in *Marshall v. Southampton Area Health Authority*²² the Court was forced to acknowledge that although Directives could be invoked against 'public' bodies, that is, the state, or an 'arm' or 'emanation' of the state, they could not be invoked against 'private' parties. Thus in *Marshall I* the plaintiff was entitled to invoke Equal Treatment

15 Article 189(4).

16 Article 189(3).

17 Case 9/70 [1970] ECR 825.

18 *Ibid.*, at para. 5.

19 *Minister of the Interior v. Cohn-Bendit*, [1980] 1 CMLR 543.

20 [1982] 1 CMLR 527.

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

22 Case 152/84 [1986] ECR 273 (hereafter referred to as *Marshall I*).

Directive 76/207²³ against the hospital authorities, as public bodies representing the state, even though they were acting in their private capacity as employers. This distinction clearly created an anomaly as regards the protection of individuals' rights under Directives. The ECJ acknowledged this in *Marshall I* but suggested that this might easily be avoided if the Member State were to implement the Directive correctly in national law.

The decision in *Marshall I* undoubtedly led the way to the acceptance by national courts of the principal of vertical direct effects. Even the French *Conseil d'Etat* and the German *Bundesfinanzhof* have now changed their minds,²⁴ and are prepared to acknowledge the direct effects of Directives against the state.

B. The Principle of Indirect Effects

Because of the limitation of the principle of direct effects as applied to Directives, the ECJ came up with the second important principle relevant to the enforcement of EC rights, – the principle of indirect effects. The principle was established in the cases of *von Colson v. Land Nordrhein-Westfalen* and *Harz v. Deutsche Tradax*.²⁵ These two cases also involved claims based on Equal Treatment Directive 76/207,²⁶ for compensation in respect of sex discrimination, one against a public body, the German prison service, the other against a 'private' employer. Could the Court allow one plaintiff to succeed but not the other? The ECJ, in ruling under Article 177 on reference from the German court, contrived an ingenious solution. It reasoned as follows: the obligation to achieve the results required by the Directive was imposed under Article 189 on the state. Under Article 5 EEC states had agreed to take 'all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community'. This obligation applied to all authorities of the state, including the Courts. Thus it fell on the Courts of Member States to *interpret* domestic law in such a way as to achieve the results required by the Directive. Thus this principle, the '*von Colson*' principle was designed to achieve indirectly, by means of 'interpretation' of national law, what could not be achieved by applying EC law directly; to achieve the same results as the principle of direct effects via the back door.

23 OJ 1976 L 39/40.

24 See *SA Rothmans International France & SA Philip Morris France; Société Arizona Tobacco Products and SA Philip Morris France*, [1993] 1 CMLR 253 *Conseil d'Etat*. See case note in 30 *CML Rev.* (1993) 187: *Re Kloppenberg*, [1983] 3 CMLR 1 (German Constitutional Court).

25 Cases 14, 79/83 [1984] ECR 1891, 1921.

26 *Supra* note 23.

The solution was ingenious, but of dubious legitimacy. It must be remembered that the obligation to achieve the result required by the Directive is addressed to the state, not to the individual against whom the Directive may be enforced, albeit indirectly. Clearly the ECJ would like to see Directives enforced against all parties. But the primary failure for non-implementation rests not with the private party, or even often with the 'public' body, such as the hospital authority in *Marshall I*, but with the state.

C. The Principle of State Liability Under *Francovich*

The above considerations, and the problems likely to be encountered by the courts of Member States in applying the principle of indirect effects, no doubt led the Court to introduce a third principle, a new mode of enforcement of EC Rights, in *Francovich v. Italian State*,²⁷ the principle of state liability in damages. The case was brought by a group of employees who had lost their jobs following their employer's insolvency. They were seeking to invoke Directive 80/987²⁸ on the protection of employees in the event of their employer's insolvency. The Directive required states, *inter alia*, to introduce measures to guarantee employees' arrears of wages in the event of their employer's insolvency. States had a discretion as to the length of time for which such payment was to be secured, subject to a three month minimum period. They were free to impose a ceiling on liability. They were to designate a guarantee institution, responsible for payment. Italy failed to implement the Directive within the required time limit. It was taken before the Court under Article 169, and found to have failed to fulfil its obligations under the treaty.²⁹ It took no steps to implement the judgment as required by Article 171. It was thus in flagrant breach of Community law. Meanwhile the employees, who had been made redundant after the expiry of the time limit for implementation of the Directive, were seeking arrears of wages. Since they could claim no entitlement under national law they sought compensation against their former employer and against the state. Their claim against the employer was dropped. Since he was not a 'public' body, the Directive was not directly effective against him; in any case the company was insolvent. So the plaintiffs pursued their claim against the state. Their claim was based on two grounds. The first was founded on a breach of the substantive provisions of the Directive, on the principle of direct effects; the second rested not on the principle of direct effects but on the state's primary failure to comply with its obligations under Articles 5 and 189 EEC to implement the Directive.

27 Cases C-6, 9/90 [1991] ECR I-5357; [1992] IRLR 84; [1993] 2 CMLR 66.

28 OJ 1980 L 283/23.

29 Case 22/87, *Commission v. Italian State*, [1989] ECR 143.

They failed on the first ground; although the Directive was sufficiently clear as regards the intended beneficiaries, and the substance of the claim, inasmuch as it provided for a minimum guaranteed payment, the nature of the guarantee institution was not sufficiently clear. The Directive did not require that the state should itself be the guarantee institution.

On the second ground, the Court held that the plaintiffs would in principle be entitled to succeed. The judgment was expressed in both broad and narrow terms. The Court held specifically that where 'as in the present case' a state had failed to implement an EC Directive it would be liable in damages to those injured as a result of its failure provided that three conditions were fulfilled:

- a) the right contained in the Directive was intended to benefit the plaintiff
- b) the content of the right was ascertainable from the Directive, and
- c) there was a causal link between the state's failure and the damage suffered by the plaintiff.³⁰

However the Court expressed itself in broader terms, holding that 'a state is liable to make good the damage caused to individuals by a breach of Community law for which it is responsible'.³¹ Thus the significance of *Francovich* lies in the fact that it introduced a new principle of state liability wholly independent of the principle of direct or indirect effects.

The case is likely to be of profound importance for individuals as well as for Member States. Clearly it will apply to facts such as those which occurred in *Francovich*; where there is a clear and blatant failure to comply with the obligation to implement the Directive, established by the Court under Article 169, and where there is no doubt that the three conditions are met. But its wider implications and limitations remain unclear. They are likely to occupy the courts for many years. These matters will be discussed *infra*.

D. Modification of National Limitation Rules Under *Emmott v. Minister for Social Welfare*

Another principle of considerable significance for the protection of individuals' Community rights was introduced by the ECJ in the case of *Emmott v. Minister for Social Welfare*.³² The case concerned a claim based on Directive 79/7 on the equal treatment of men and women in matters of social security.³³ There was no problem in establishing direct effects. The applicant, Mrs Emmott, was claiming against the Irish Minister for Social Welfare, clearly a 'public' body against which a Directive could be enforced. However

30 *Supra* note 27, at paras. 39, 40.

31 *Ibid.*, at para. 37.

32 Case C-208/90 [1991] 3 CMLR 894.

33 OJ 1979 L 6/24.

she did not bring her claim during the period in which her cause of action arose. At that stage she was unaware that the Directive might be directly effective,³⁴ and she clearly had no claim under Irish Law. When she did become aware that she might have a claim under EC law, following a ruling from the ECJ that the Directive was directly effective, her application to the Minister was postponed pending a ruling from the ECJ in a further claim.³⁵ After that ruling, when the applicant finally lodged her claim, she was found to be out of time. The Irish judge referred a number of questions to the ECJ as to whether, in a claim based on a directly effective provision of Community law, national limitation rules apply. One of the principal issues before the Court was the starting point for limitation purposes: assuming national limitation periods were to apply, from what date did time begin to run? A number of possibilities were raised: did it begin from the expiry of the time limit for implementation of the Directive, that is, from the date when it became capable of direct effects? From the date of the ECJ's ruling in the earlier cases, when it became clear that the Directive was directly effective, and the applicant had a claim under the Directive?³⁶ Or from the date when the applicant became, or might reasonably have become, aware of her rights under the Directive?³⁷

The ECJ's interpretation was generous. It reasoned that even though a Community Directive might be directly effective, and thus capable of giving rise to rights for individuals, as long as the state had failed fully to implement the Directive, the individual was in a state of uncertainty; he was unaware of the full extent of his rights. Therefore, even though an individual's claim might vest as soon as the date for implementation of the Directive had expired, and even though the ECJ might have ruled on the direct effects of the provision in question, time would not begin to run for limitation purposes until the Directive had been fully and correctly transposed into domestic law.

Clearly the ruling in *Emmott* greatly extends the individual's capacity to rely on directly effective Directives. It may take years (beyond its implementation date) for a state to implement a Directive fully and correctly. It may be argued why should the state not be liable if it has failed to fulfil its Community obligations? Why should it be allowed to plead, in an action against it based on a Directive, its own limitation rules? As was argued in *Becker*,³⁸ a state should not be allowed to take advantage of its own wrong. However, the effect of *Emmott* will not only be to increase the liability of the state but also

34 Case 286/85, *McDermott & Cotter v. Minister for Social Welfare (No. 1)*, [1987] ECR 1453.

35 Case C-377/89, *McDermott & Cotter v. Minister for Social Welfare (No. 2)*, [1991] ECR I-1155; [1991] 3 CMLR 507.

36 *Supra* notes 34 and 35.

37 As the Commission and Advocate General Mischo suggested in *Francovich supra* note 27.

38 *Supra* note 21.

that of public bodies such as the health authority in *Marshall I*,³⁹ whose connection with the state is tenuous, and which bear no responsibility for the non-implementation of the Directive. Moreover a state's failure fully to implement a Directive is not necessarily culpable. These matters too will be considered *infra* in greater detail.

E. The Principle of Supremacy of EC Law

This now familiar principle, according to which Community law must prevail over any conflicting provisions of national law, whatever its nature, whether it be prior or subsequent to EC law, was introduced originally in *Costa v. ENEL*⁴⁰ and *Internationale Handelsgesellschaft*⁴¹ as an essential corollary to the principle of direct effects. If EC law is directly effective and is to be correctly and uniformly applied, it must take priority over any conflicting provisions of domestic law. This is the only way to achieve uniformity. Introduced in the context of directly effective Community law the principle of supremacy of EC law is also essential to the successful application of the principle of indirect effect, of *Francovich* and *Emmott*, since the application of these principles of necessity involve the overriding of national law.

Despite some initial difficulties national courts in all Member States are now prepared to accord supremacy to EC Law, provided it is directly effective. Sometimes they do so by direct application; sometimes by purported 'interpretation' of national law.⁴² In the United Kingdom the House of Lords has 'interpreted' domestic statutes against their prima facie meaning; it has even read words into a statute in order to achieve a result compatible with Community law.⁴³ In *R v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame*⁴⁴ the House of Lords was prepared to 'interpret' certain provisions of the Merchant Shipping Act 1988 out of existence and grant an interim injunction to prevent the application of the Act against the plaintiffs in order to prevent an (alleged) breach of Articles 7 and 52 EEC. Lord Bridge had suggested prior to that decision⁴⁵ that the combined effect of Section 2(1) and 2(4) of the European Communities Act⁴⁶ was 'as if a section were incorporated into part II (the impugned part) of the Act of 1988 which in

39 *Supra* note 22.

40 Case 6/64 [1964] ECR 585.

41 Case 11/70 [1970] ECR 1125.

42 The 'interpretation' approach being favoured in the United Kingdom; see *Garland v. British Rail Engineering Ltd*, [1983] AC 751.

43 *Pickstone v. Freemans plc*, [1989] AC 66.

44 [1991] AC 645.

45 When the issue first arose before the House of Lords in *Factortame Ltd and Others v. Secretary of State for Transport*, [1990] 2 AC 85.

46 The British Act incorporating EC law into domestic law. Section 2(1) provides for the reception and direct application of EC law: under Section 2(4) national law is expressed to 'be construed and take effect subject to' directly applicable provisions of Community law.

terms enacted that the provisions with respect to registration of British fishing vessels were to be without prejudice to the directly enforceable Community rights of nationals of any member state of the EEC'.⁴⁷ If it were to be found that the British Act was in breach of the plaintiff's directly effective Community rights the latter rights would prevail over the contrary provisions of the 1988 Act.

However, national courts, as will be seen, are more reluctant to give EC Directives supremacy under the principle of indirect effect. And their response to *Francovich* has yet to be revealed. At the time of writing two cases based on *Francovich* had been decided in France. In one case, brought by *Arizona Tobacco* and *Philip Morris*,⁴⁸ the *Conseil d'Etat* awarded damages against the state, based on *Francovich*, for a ministerial decision taken in breach of EC Directive 72/4649.⁴⁹ In this case, as in *Francovich*, the breach of EC law was flagrant, France having twice been found by the ECJ to have failed to fulfil its obligations in respect of the Directive. Nor did the decision require a finding that a French statute was 'illegal'. So the remedy in damages was compatible with existing French law, which provides for the award of damages in respect of wrongful administrative or executive acts. In *Dangeville*,⁵⁰ on July 1st 1992, the Paris Administrative Court of Appeal also awarded damages based on *Francovich* where the state had failed to implement an EC Directive on time. So again the breach was clear. However this case depended on a finding of legislative failure, for which a remedy in damages had not hitherto been available under French law. The case has now gone to the *Conseil d'Etat* on appeal. The case will undoubtedly raise serious constitutional problems for that court.

III. Problems Arising From These Principles

A. Direct Effects

This principle raises few problems in the context of Treaty provisions and Regulations. National courts have accepted the principle of vertical and horizontal effects here. Even if the provision in question is not particularly clear and precise, they will apply to the ECJ for interpretation. In the case of treaty provisions, acceptance of the principle can mean that private parties may be bound by Community obligations which at the time may have been far from clear. This is all the more significant in the light of the fact that a ruling from

47 *Supra* note 45, at 140.

48 *Supra* note 24.

49 OJ L 303, 31 December 1972.

50 CAA Paris I Juillet 1992, RJF 1992, 8-9, No. 1280; AJDA 1992, 768, note by X. Prétot.

the ECJ on the interpretation of EC law⁵¹ is normally retrospective in effect.⁵² Thus individuals may be liable under Treaty rules in respect of past, perhaps innocent, breaches of Community law. So acceptance of the principle of direct effects by national courts in this regard has been remarkable.

Similarly there appear to be no problems with regard to Decisions. These are 'binding on all persons to whom they are addressed'. Thus there is no reason why Decisions should not be invoked against their addressee.

Directives on the other hand are more problematic. As long as it is clear that a Directive is being invoked against a public body national courts have, since *Marshall I*,⁵³ been willing to apply them directly. It seems that the Court's reasoning in *Becker*⁵⁴ convinced them of the legitimacy of doing so. But Directives cannot be invoked against a private body, and the distinction between 'public' and 'private' bodies is far from clear. The ECJ provided a definition in *Foster v. British Gas*.⁵⁵ However, like many rulings under Article 177, the definition is not easy to apply. As is often the case the Court laid down both a broad and a narrow definition. According to the broad definition a public organization or body is one 'subject to the authority or control of the state' or which 'has special powers beyond those which result from the normal rules applicable to relations between individuals'.⁵⁶ Under the narrow definition,⁵⁷ a Directive may be invoked against 'a body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to a measure 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 to relations between individuals'.

Perhaps not surprisingly some national courts have favoured the narrower definition. In *Doughty v. Rolls Royce*⁵⁸ the United Kingdom Court of Appeal was asked to decide whether Rolls Royce, which at the relevant time was a nationalized undertaking, was a public body, against which the applicants might invoke Equal Treatment Directive 76/207.⁵⁹ The Court of Appeal considered both definitions, but opted for the narrow one; it found that despite the fact that Rolls Royce was at the time operating subject to state authority and control, and was responsible for providing a public service, the service it was providing was for the benefit of the *public*, not the *state*.

51 Under Article 177 EEC.

52 Only in a few 'exceptional' cases, in the interests of legal certainty, has it been held not to be retrospective; e.g. Case 43/74, *Defrenne v. Sabena*, *supra* note 14; Case 24/86, *Blaizot*, [1988] 1 ECR 379; Case C-262/88, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, [1990] ECR 1889.

53 *Supra* note 22.

54 *Supra* note 21.

55 Case C-188/89 [1990] 1 ECR 3313.

56 *Ibid.*, at para. 18.

57 *Ibid.*, at para. 20.

58 [1992] 1 CMLR 1045.

59 *Supra* note 23.

Therefore the Directive could not be enforced against them. There is no doubt that the Court chose the narrower interpretation, and interpreted it restrictively, arguably in defiance of language and logic, for reasons of policy. It did not seem appropriate to hold the company, which was acting in compliance with domestic law, responsible, by reason of its association with the state, for the state's failure to implement the Directive. So even though the Court of Justice will no doubt give the concept of a public body the widest interpretation, its full application by national courts cannot be guaranteed. The impossibility of providing a precise definition will inevitably provide national courts with some leeway.

B. Indirect Effects

This principle too raises problems. National courts may not be prepared to 'interpret' domestic law to comply with an EC Directive which is not directly effective where the two rules – of domestic and Community law – are clearly in conflict, and *a fortiori* when there is no rule of national law to interpret. They are constrained both by national constitutional rules protecting the sovereignty of Parliament and by the fact that Directives appear from Article 189 not to have been intended to impose obligations on individuals.⁶⁰ The ECJ has again done its best to ensure compliance by national Courts. In *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*⁶¹ it held that a national court was obliged under the *von Colson* principle to interpret domestic law to comply with a Directive whether the domestic law was prior or subsequent to the Directive in question. Thus it did not depend on national law having been introduced specifically in order to implement the Directive. Although this obligation was expressed in terms that national courts were so obliged 'as far as possible'⁶² the Court ruled that the referring court *must* interpret its domestic law to comply with the Directive (even though, were the Court to do so, a clear provision of Spanish law would have to be ignored).

It remains to be seen whether *Marleasing* is followed by national courts. Indications in the United Kingdom have not so far been encouraging. Before *Marleasing* the House of Lords held in *Duke v. GEC Reliance Ltd*⁶³ that it was not obliged to interpret domestic law to comply with EC law where the EC provision was not directly effective. The case involved a claim by a group of female employees based on Equal Treatment Directive 76/207.⁶⁴ They claimed that their employers' retirement policy, under which women

60 Since they were expressed in Article 189(3) as 'binding on Member States'.

61 Case C-106/89 [1990] ECR 4135.

62 *Ibid.*, at para. 8.

63 [1988] AC 618.

64 *Supra* note 23.

were required to retire at 60 and men at 65, was discriminatory. Until *Marshall I*⁶⁵ it was thought that such schemes did not infringe EC law. Directive 79/7, on the equal treatment of men and women in matters of social security,⁶⁶ contained a derogation from the equal treatment principle in Article 7 in respect of the 'determination of pensionable age for the purposes of granting old age and retirement pensions and the possible consequences thereof for other benefits'. This had led states to believe that matters relating to retirement were excluded from the equality principle. This view was reinforced by the Court of Justice in the case of *Burton v. British Railway Board*.⁶⁷ The United Kingdom Sex Discrimination Act 1985, which was introduced in advance of, but with a view to implementing Equal Treatment Directive 76/207, contained an express exclusion in respect of provisions relating to death or retirement.⁶⁸ This was found to be illegal in *Marshall I*. In 1986 the United Kingdom amended the Sex Discrimination Act to comply with *Marshall I*, but the amendment was not made retrospective. The claim in *Duke v. GEC Reliance Ltd* was in respect of the period prior to that amendment. The House of Lords clearly thought it would be unfair to penalize the employers by 'interpreting' the Sex Discrimination Act to comply with *Marshall I* when Parliament had clearly not intended the (amended) Act to apply to them. Thus it refused to do so. Regrettably it expressed itself in broader terms than were necessary to the judgment, holding that 'Section 2(4) of the European Communities Act does not enable or constrain a British Court to distort the meaning of a British statute in order to enforce against an individual a Community Directive which has no direct effect between individuals'.⁶⁹

Duke v. GEC Reliance Ltd was followed, even after *Marleasing*, by the English Court of Appeal in *Webb v. EMO (Air Cargo) Ltd*⁷⁰ and *Porter v. Cannon Hygiene*.⁷¹ However, even before *Marleasing* in *Litster v. Forth Dry Docks and Engineering Co Ltd*⁷² the House of Lords was prepared to 'interpret' English regulations contrary to their prima facie meaning in order to comply with EC Directive 77/187⁷³ safeguarding employees' rights in the event of the transfer of undertakings against the defendant employers, a 'private' body. But the situation was somewhat different in that case. Although United Kingdom and EC law were clearly in conflict, particularly in the light of their respective interpretation by the United Kingdom courts

65 *Supra* note 22.

66 *Supra* note 33.

67 Case 19/81 [1982] ECR 555.

68 Section 6(4) Sex Discrimination Act 1975.

69 [1988] AC 618 at 639-640, per Lord Templeman.

70 [1992] 2 All ER 43.

71 [1993] IRLR 329.

72 [1990] 1 AC 546.

73 OJ 1977 L 61/27.

and the EC, the British Regulation had been introduced specifically to implement the Directive, and to achieve its declared purpose of protecting employees' rights. There was no evidence that Parliament did not intend the regulations to be interpreted in the light of the Directive. Therefore the House of Lords was prepared to 'interpret' the regulations freely, even 'implying the necessary words',⁷⁴ in order to achieve a result compatible with EC law. Thus it is possible that *Litster* may be followed in a similar case. However, where domestic law has not been introduced to comply with the Directive, and is clearly in conflict, it is unlikely that the British courts will 'distort' the meaning of domestic law, as may be required under the *von Colson* principle, to comply with an EC Directive which is not directly effective. In *Re a Rehabilitation Centre*,⁷⁵ a case involving a claim for damages for sex discrimination, based on Equal Treatment Directive 76/207,⁷⁶ against a private party, decided before *Marleasing*, the German Federal Supreme Labour Court refused to 'construe' certain sections of the German Civil Code to comply with the Directive. The Court held that 'even an interpretation of statutes by reference to conformity with the Constitution reaches its limits when it could come into conflict with the wording and evident intention of the legislature. The position can be no different as regards the interpretation of national law in the light of the wording and purpose of a Directive under Article 189(3) EEC.'⁷⁷ The Court's reaction is understandable. Indeed such an approach would not be inconsistent with EC law. In *Officier von Justitie v. Kolpinghuis Nijmegen*⁷⁸ the Court of Justice held that national courts were not obliged to interpret domestic law to give indirect effect to a Directive where this would breach the legitimate expectations of individuals. Individuals might legitimately expect not to be liable under the terms of a Directive when they had acted according to clear rules of national law.

Thus the principles of direct and indirect effects are still not without their problems. In *Faccini Dori*⁷⁹ the *Giudice Conciliatore di Firenze* reopened the question of horizontal effects by referring a question on the effect in national law of EC Directive 85/577 on consumer protection,⁸⁰ in the context of an action by a 'private' body, s.r.l. Interdiffusion, against Ms Dori, to enforce a contract made under pressure in Milan Central Station. Ms Dori was unable to resile from such a contract under Italian law, and needed to invoke the Directive, which was designed, *inter alia*, to meet this problem. Despite the expiry of the time limit for implementation, the Italian government had not

74 *Supra* note 72, at 554 per Lord Keith of Kinkel.

75 [1992] 2 CMLR 21.

76 *Supra* note 23.

77 *Ibid.*, at 25.

78 Case 80/86 [1987] ECR 3969.

79 Case C-91/92. At time of writing the Advocate General's opinion had not been released, nor had a date been set for the Court's ruling.

80 OJ 1985 L 372/31.

yet implemented the Directive. It is to be hoped, in the interest of legal certainty, that the ECJ will not be tempted to overturn the distinction established in *Marshall I*. If it is not possible (as the Commission suggested it was) for the Italian court to give the Directive indirect effect by means of interpretation, the appropriate remedy would surely lie in an action for damages against the state under *Francovich*. However, Advocate General Lenz, in his opinion delivered in February 1994, has strongly advised the Court that it should change its mind and extend the direct application of Directives to all parties, public and private, in the interest of the effective and uniform application of Community law. This radical departure from its previous case-law was, he suggested, justified in the light of the completion of the internal market and the entry into force of the Treaty on European Union, in order to meet the legitimate expectations of EC citizens seeking to rely on Community law. In the interests of legal certainty the ruling should not however be retrospective in effect.

It remains to be seen whether the Court will follow Advocate General Lenz's advice. It is submitted that in view of the dubious legitimacy of such a development in terms of Article 189(3), and the reluctance of national courts to enforce Directives against bodies other than those representing the state, a remedy based on *Francovich* would, in these circumstances, provide the more appropriate remedy. Indeed it is likely that the Court introduced the principle of state liability in *Francovich* precisely in order to avoid the real and legitimate problems arising from the principles of direct and indirect effects. Under *Francovich* there is no need to prove direct or indirect effects; liability for the non-implementation of Directives is placed precisely where it should fall – on the body responsible for implementation, the state itself. But the extent to which it will replace the need for actions based on direct or indirect effects remains, as will be seen, uncertain.

C. State Liability under *Francovich v. Italian State*

Francovich decided that a state might be liable in damages to individuals suffering loss as a result of its failure to implement a Directive, subject to the fulfilment of three conditions. But it also stated a wider principle that a 'state is liable to make good damage to individuals caused by a breach of Community law for which it is responsible'.⁸¹

Even at its narrowest, the decision represents a significant development in the Court's jurisprudence. Although public bodies in the form of central or local authorities, 'public' institutions and even commercial companies subject to state authority or control had been liable in damages on the basis of the principle of direct effects – for breach of directly effective provisions of

81 *Supra* note 27, at para. 37.

Directives – there had been no *general* principle of state liability for their *primary* failure to comply with their duty under Article 5 EEC, to ‘take all appropriate measures to ensure fulfilment of the obligations arising’ under Community law. The possibility following *Francovich* of liability to *all* persons suffering loss as a result of its failure, will clearly provide a strong incentive for states fully to comply with their Community obligations. Although the decision was couched in terms of protecting individuals’ Community rights, and national courts’ obligation to provide effective remedies in order to protect these rights, it was no doubt equally driven by a desire to provide an effective sanction against recalcitrant Member States.

But the decision raises more problems than it solves. These will now be considered.

1. For What Breaches of Community Law Will States Be Responsible?

Clearly *Francovich* will apply in a case on similar facts, where there is an obvious failure to implement a Directive, established by the ECJ in Article 169 proceedings, and where the three conditions are clearly fulfilled. The Directive invoked in *Francovich* was undoubtedly intended to benefit persons such as the plaintiffs; the content of the right was sufficiently clear (as regards at least the payment of a minimum of three months’ arrears); and there was a clear causal link between the state’s breach and the damage suffered by the plaintiffs. If it is at first sight surprising that the Court did not find the Directive sufficiently clear and precise for direct effects, the answer may lie in the fact that it did not want to base its decision on direct effects; it wanted to establish a new principle, free of the problems and limitations of the principles of direct and indirect effects.

The question is, how much more widely can the ruling apply? As has been noted, the Court laid down a broad principle of liability. Advocate General Mischo suggested that the principle was ‘capable of being extended to cover any failure of Member States to observe Community law, whether the failure be in breach of the treaty, Regulations, or Directives, whether they have direct effect or not’.⁸² There is no reason in logic why not. Following the case of *R v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame* claims have now been lodged for damages for losses suffered as a result of the application of a United Kingdom statute found to have been in breach of Articles 7 and 52 EEC. The *Bundesgerichtshof*, in a claim for damages brought by *Brasserie du Pêcheur SA*⁸³ against the German state has referred questions to the ECJ to ascertain *inter alia* whether a state could be liable under *Francovich* for a failure to adapt a statute (the *Biersteuergesetz*, which

82 *Supra* note 27, at para. 85.

83 Case C-46/93. An opinion from the Advocate General and a judgment of the Court are pending, in this case and in *Factortame III*, Case C-48/93.

had been found unlawful in the case of *Commission v. Germany*⁸⁴) to Article 30 EEC. It is likely that the Court, given the opportunity under Article 177 EEC, will seek to strengthen the mechanism of enforcement of EC law by maximizing the effect of *Francovich*, to include breaches of *all* forms of Community law.

Assuming that states can be liable for breaches of any EC law, the question then arises as to the nature of the breach giving rise to liability. Must it be deliberate or knowing? May liability be based on constructive knowledge? Will negligent, even innocent breaches engage liability? For what kind of breaches will states be 'responsible'?

Although the Advocate General averted to this question he refrained from expressing a clear opinion. The Court simply reiterated its consistent position that national courts must make good the consequences of the damage caused 'within the context of national law on liability'.⁸⁵ However, the established case-law of the Court also requires that national law be effective to protect individuals' Community rights.⁸⁶

In most Member States the liability of public authorities for wrongful or invalid acts or omissions rests on fault.⁸⁷ In most states the concept of fault requires more than the promulgation or retention of an invalid act. Where liability is strict, it does not require that the public body should act wrongfully; liability rests on the principle of equality.⁸⁸ According to this principle persons who suffer particular or disproportionate damage as a result of lawful measures enacted in the general interest are entitled to compensation. This principle is clearly not applicable to claims based on *Francovich*.

In the Community context it is possible, even easy, for states to breach EC law without fault. EC law, whether Treaty law or secondary legislation, is expressed in terms of general principles. Its detailed scope and application is spelt out by the Court, usually in rulings under Article 177. This is legitimate, and necessary for the uniform application of EC law. But it cannot be denied that in fleshing out the details the Court is making law. Sometimes its rulings are unexpected. For example prior to *Marshall I*⁸⁹ it was thought that the equal treatment principle as expressed in Directive 76/207⁹⁰ did not apply to retirement ages. This view gained support from the Court in *Burton v. British Railways Board*.⁹¹ In declaring in *Marshall I* that a scheme for different retirement ages for men and women was in breach of Directive 76/207 the

84 Case 178/84 [1987] ECR 1227.

85 *Supra* note 27, at para. 42.

86 Principle of effectiveness is discussed *infra* text notes 114 to 118 and 120 to 146.

87 See study by Schockweiler, 'Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne', 26 *RTDE* (1990) 27.

88 'Egalite devant les Charges Publiques'.

89 *Supra* note 22.

90 *Supra* note 23.

91 *Supra* note 67.

Court developed, one might say changed, the law. Whilst a state would be obliged to amend its law to comply with the ECJ's ruling, (as was done in the United Kingdom) it is questionable whether it should be liable under *Francovich* for breaches which occurred prior to that change in the law, *a fortiori* prior to *Marshall I*. It may be noted that the ruling in *Francovich* was not limited in effect, as Advocate General Mischo suggested it might be.⁹² Thus in theory it could be invoked to support a claim in respect of past, innocent breaches of EC law. The question arises, *should* states be strictly liable under *Francovich*? If not, what degree of culpability should be required to found liability?

Since the laws of Member States in relation to state liability in damages differ substantially, and in most cases are inadequate as they stand to protect individuals' rights under *Francovich*, these important questions, as to the nature of the breach for which states may be liable, will have to be decided either by the Court, drawing on the traditions and rules of Member States, or by harmonizing legislation. Questions concerning the need for a requirement of fault, in the form of negligence or intent, have been raised by the *Bundesgerichtshof* in *Brasserie du Pêcheur*.⁹³ But the Court's ruling will not be sufficient to solve all the problems. If the rules are laid down by the Court, in Article 177 proceedings, the law will develop piecemeal, and it will take time. Until a coherent body of law is developed the law will be uncertain. *Francovich* introduced into EC law an important new principle, with heavy financial consequences for Member States. It cannot be given different interpretations in different Member States, according to national rules and national judges' perceptions as to what may constitute the appropriate basis for liability. We shall return to this theme.

2. The Three Conditions

Whatever the nature of the breach for which states will be liable under *Francovich*, it is likely that the three conditions for liability will have to be satisfied. However, the application of these conditions is highly subjective. The matter will often not be as clear as it was in *Francovich*. The question of whether a particular EC provision is intended to benefit a particular individual is a matter of construction. In the context of direct effects the ECJ has been prepared to construe many obligations imposed on Member States as conferring rights on individuals.⁹⁴ They may be similarly construed in a case based on *Francovich*. The same applies to the second question, whether the content of the claimed right is sufficiently clear. The requirements of clarity

92 For reasons of legal certainty, and on account of the 'serious financial consequences' of the judgment for Member States; see *supra* note 27, at paras. 85, 86.

93 *Supra* note 83.

94 E.g. Articles 12, 30, 119 EEC.

and precision have not proved to be a bar to the application of the principle of direct effects.⁹⁵ Despite a considerable margin of discretion on the part of the state as to the amount of arrears payable in *Francovich*, there was found to be sufficient clarity as regards a minimum guarantee. The approach of national courts to questions of causation will differ too from state to state. In the interests of uniformity Community guidelines on all these matter will have to be provided.

3. Assessment of Damages

As with causation, the principles relating to damages will not be uniform throughout the Member States. Given that the damage suffered by individuals will often be economic and that states' liability under *Francovich* may be 'in an indeterminate amount, for an indeterminate time, to an indeterminate class',⁹⁶ it is submitted that strict and clear limits will have to be imposed. Here too there is a necessity for common Community rules.

4. Alternative Remedies Based on *Francovich*

Francovich was concerned with the award of damages for losses suffered as a result of states' breach of Community law. But it established a principle of liability. The question arises whether other remedies can be claimed on the basis of this principle. It must be kept in mind that the breaches for which states may be liable under *Francovich* will often arise from 'wrongful' statutes, that is statutes infringing EC law, or wrongful failures to enact legislation to meet the demands of EC law. To grant any remedy in respect of such failures will require a substantial bending of national constitutional rules in most if not all Member States. Can an individual obtain an injunction to prevent the application of statutory provisions in breach of EC law? Can he obtain an order requiring Parliament to act in order to meet the demands of Community law?

It was already established prior to *Francovich* that national courts are obliged to provide individuals with effective remedies where their Community rights are infringed by Member States. In pursuit of this principle the House of Lords in the United Kingdom was prepared in *R v. Secretary of State ex parte Factortame*⁹⁷ to grant an interim injunction to prevent the application of a British statute – the Merchant Shipping Act 1988. Since it was doing so to protect the claimants' (alleged) directly effective Community

95 Whilst the general meaning of a particular provision (e.g. Article 119) may be clear, its precise meaning and scope of application is often far from clear.

96 Judge Cardozo's famous phrase from *Ultramares Corporation v. La Touche* (1931) 174 NE 441, 244 NY 170.

97 *Supra* note 44.

right it was not necessary for the House of Lords to make a finding that the statute was wrongful. They could simply ignore the offending provisions as the Court of Justice had advised in *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal Spa*.⁹⁸ Applying the same reasoning it seemed that it might be possible to obtain a declaration or mandamus against a government *minister*. This was described by the English Court of Appeal in *R v. Secretary of State for Employment ex parte Equal Opportunities Commission* as 'a step too far'.⁹⁹ The House of Lords was prepared to take this step and grant a declaration that certain sections of the Employment Protection (Consolidation) Act 1978 were incompatible with EC law.^{99b} But such a declaration, or even a grant of mandamus, would not guarantee that *Parliament* would act to rectify breaches of EC law. The question is, are such actions necessary to protect individuals' rights under *Francovich*? It is submitted that they are not. Although it is necessary for a court to establish a breach of Community law as a precondition for a claim for damages, and that breach will often comprise a wrongful legislative act or omission, an award of damages under *Francovich* does not necessarily require a *formal* declaration of failure on the part of Parliament, or the quashing of legislation, or the amendment or introduction of legislation. In *Simmenthal Spa* the Court held that in providing a remedy based on directly effective Community law it was not necessary for a national court to request or await the prior setting aside of the offending domestic law. Similarly, in a claim for damages based on *Francovich*, provided the requisite breach of Community law and the plaintiff's rights are established, the Court may simply award the remedy. It will be left to Parliament to take the necessary action. Although Parliament cannot be legally obliged to do so, the prospect of further liability in damages will no doubt act as a powerful spur to action.

5. *Relevance of Principles Governing Community Liability Under Article 215(2)*

If states' liability under *Francovich* is to be limited by a requirement of fault, to what extent may the principles of EC liability (in damages) under Article 215(2) be relevant? The rules governing the liability of Community institutions in respect of wrongful legislative acts involving choices of economic policy under Article 215(2) are strict. They are governed by the *Schöppenstedt*¹⁰⁰ formula. EC institutions are not liable unless they have committed a sufficiently serious breach of a superior rule of law for the protection of individuals. In order for the breach to be sufficiently serious the

98 Case 106/77 [1978] ECR 629.

99 [1993] 1 All ER 1022.

99b *E.O.C. v. Secretary of State for Employment* [1994] 1 All ER 910.

100 Case 5/71 *Schöppenstedt v. Council*, [1971] ECR 975.

institution concerned must have 'gravely and manifestly exceeded the limits on the exercise of its power';¹⁰¹ its conduct must be 'verging on the arbitrary'.¹⁰² It thus requires a high degree of culpability. Is this standard appropriate to states' liability under *Francovich*?

Advocate General Mischo averted to the *Schöppenstedt* formula in his opinion in *Francovich*, but did not in the end recommend it as an appropriate basis for states' liability. He suggested that national judges might hold states liable on less restrictive conditions.¹⁰³ The Court in *Francovich* did not refer to the *Schöppenstedt* formula. Given the Court's concern to secure compliance by Member States with their EC obligations, it is unlikely to endorse a test which would give them such latitude. Nor it is submitted would such a test be appropriate. The *Schöppenstedt* formula is strict because it concerns the Community institutions' liability in matters in which they have a discretion, legislative acts 'involving choices of economic policy'. In most states the liability of public authorities in such matters is limited on policy grounds, in order that their discretion is not unduly fettered; they must not be forever 'looking over their shoulder'¹⁰⁴ for fear of incurring liability. But where states' obligation to comply with EC law is concerned, they have no discretion. They are obliged under Articles 5 and 189 EEC to comply. Therefore a lower standard, as suggested by Advocate General Mischo, would not be inappropriate. We shall return to this point.

6. Relationship between *Francovich* and Remedies based on Direct and Indirect Effect

The impact of *Francovich* on remedies based on direct and indirect effect has yet to be determined. Clearly it will supplement, perhaps replace these remedies in situations in which problems arise; where the individual seeks to enforce a Directive against a 'private' party, or where the 'public' status of the party is in serious doubt, *a fortiori* where there is a clear conflict between domestic and Community law and no evidence of parliamentary intention to comply. Beyond that, the extent to which *Francovich* displaces these remedies depends on future interpretations of the case, particularly the meaning given to the question of breach, and the nature of the breach of EC law required to give rise to liability. If liability is based on fault, and if the plaintiff needs to prove knowledge or constructive knowledge by the state of its

101 Cases 83, 94/76; 4, 15, 40/77, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH v. Council & Commission*, [1978] ECR 1209.

102 Cases 103, 145/77, *Scholten Honig (Holdings) Ltd v. Intervention Board for Agricultural Produce*, [1978] ECR 2037.

103 Provided that the national judge was permitted to apply such a standard under national law. See *supra* note 27, at para. 72 of his opinion.

104 See, e.g., *Rowling v. Takaro*, [1988] 1 All ER 163; *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All ER 238.

breach, the individual's chances of success may be better based on the principle of direct or even indirect effects. Plaintiffs such as Marshall and Defrenne have succeeded on this basis even though the defendant hospital authority or airline were unaware at the time that they were breaching EC law. Similarly, in a case such as *Litster*,¹⁰⁵ where domestic law was introduced specifically to implement a Community Directive, the principle of indirect effects may prove more fruitful.

Given the uncertainty surrounding *Francovich* and the constitutional problems it raises for Member States, it would be unwise to rely solely on *Francovich* except in the clearest cases. At present *Francovich* can only be relied on in cases like *Francovich* itself; even then its application will raise difficulties for national courts. On the other hand the existence of a remedy under *Francovich* against the state may induce national courts to take a stricter view, where Directives are concerned, towards claims based on direct and indirect effects, because it is the state, not 'public' authorities or companies, still less 'private' parties, which is responsible for their non-implementation.

D. Emmott v. Minister for Social Welfare

In this case the ECJ introduced a modification to national limitation rules in the context of directly effective Directives. It held that time for limitation purposes did not begin to run until the Directive had been fully transposed into domestic law. This ruling will undoubtedly increase the scope of individuals' rights under EC Directives, since they will have an extended period of time in which to assert their rights. Equally it will greatly increase the liability of public bodies, even though their responsibility for non-implementation may be tenuous, perhaps non-existent. Thus, although the decision was no doubt intended to provide an incentive for Member States fully to comply with their obligations to implement EC law (if they were to be liable in respect of *all* claims arising in the past there would be nothing to be gained by delay), the burden of liability will not necessarily fall on the state. Following *Francovich*, arguably public bodies unfairly penalized for non-compliance with Directives should be able to claim indemnity from the state.¹⁰⁶

One question which is likely to arise from *Emmott* is, if time does not begin to run until a Directive is fully transposed, at what stage will a Directive be deemed to be fully transposed into domestic law? The state may have implemented the Directive on time, and may have done so with the intention of fully complying with Community obligations as it understood them. It

105 *Supra* note 73.

106 Although this would require an extension of *Francovich*, since only the third condition for liability would be satisfied.

may have taken no steps to implement the Directive, genuinely and reasonably believing that national law was consistent with the Directive. A judgment by the Court of Justice may reveal that the state was mistaken, as occurred in *Marshall I*. Legislation may be amended, or entirely new legislation may be introduced in order to comply with the Court's ruling. Only then will the Directive be fully implemented. Will time begin to run in respect of all past, perhaps innocent breaches?

A further problem is whether *Emmott* will apply only to claims based on directly effective Directives, or whether it might apply to any claim based on Community law. Although the judgment referred to, and was based on, the 'particular nature of Directives',¹⁰⁷ requiring implementation by Member States, the reasoning in *Emmott*, based on the individual's state of uncertainty, his inability to ascertain the full extent of his rights where they depend on implementation by Member States, could in principle be applied in all cases in which individuals have forfeited their rights because states have failed to comply with Community law. The Court insisted in *Emmott* that the principle of direct effect provides only a 'minimum guarantee',¹⁰⁸ a substitute protection for individuals' rights where states have failed to protect them. Therefore *Emmott* could in theory be applied to claims based on breach of directly effective treaty provisions, for example Articles 7 or 52. Such an extension could create problems. Most of the Court's rulings on the interpretation of EC law under Article 177 are retrospective. Prospective rulings are the exception.¹⁰⁹ Once the Court has given a ruling under Article 177, clarifying the law, and revealing a discrepancy between national and EC law, individuals may assert rights based on this ruling. Can *Emmott* then be invoked to prevent the running of time for limitation purposes until the state has brought its law into line with EC law? To take the matter further, if *Emmott* can apply to any claim based on any directly effective EC law, may it not also apply to a claim based on *Francovich*? It could be argued that in both situations the individual is in a state of uncertainty, as long as the state is in breach of its obligations under Community law he is unaware of the full extent of his rights.

Thus *Francovich* and *Emmott* have undoubtedly lifted the lid on Pandora's box. It remains to be seen whether the Court will now hold it down. The application of *Emmott* and *Francovich* could be confined narrowly to claims based on the inadequate or non-implementation of Directives.¹¹⁰ If not it will be necessary to impose some limits on the liability of states and public bodies. It could be argued that the principle of legal

107 *Supra* note 10, at para. 17.

108 *Ibid.*, at para. 20.

109 *See supra* note 52.

110 Although this might be too narrow, since states may knowingly breach other binding provisions of EC law e.g. Decisions, Treaty rules.

certainty requires that neither should be liable for claims arising in the past, prior to states' full compliance with EC law, unless they knew or should have known that they were acting in breach of EC law.¹¹¹ The ECJ has imposed strict limits on the liability of EC institutions in damages under Article 215(2). Whilst it may not be necessary to impose such strict limits in the context of Member States' liability, some limits must be set. If they are not there is a danger that national courts will do so for themselves. This will not be to the advantage of individuals: it will certainly not promote the uniform application of Community law. It is therefore to be hoped that national courts, faced with the problem of applying *Emmott* or *Francovich* in new situations, will seek help from the Court of Justice under Article 177. It is also to be hoped that the Court, in laying down further, more specific rules, will strike a balance between the protection of individuals' Community rights and the legitimate interests and expectations of Member States. If it does not it could provoke resistance, even defiance, by national courts.¹¹²

IV. The Provision of Remedies by National Courts: Principles and Problems

A. The Principles

Having examined the principles under which individuals may assert Community rights before their national courts the question arises as to what remedies and procedures should be provided by national law for infringement of these rights? Are there specific Community remedies? Are they different from the normal remedies available for breaches of national law? Here again the Court has established a number of principles. These are:

1. *The Principle of National Treatment*

In *Rewe v. Hauptzollamt Kiel* the Court held

Although the Treaty has made it possible ... for private persons to bring an action [based on EC law, before their national court] it was not intended to create new remedies in the national courts to ensure the observance of Community law. On the other hand, it must be possible for every type of action provided for by national law to be available for the purpose of ensuring observance of Community

111 For example because it was *acte clair*, or a breach had been established by the Court under Article 169 or (indirectly) Article 177.

112 On the dangers of the ECJ's judicial activism see H. Rasmussen, *On Law and Policy-Making in the European Communities* (1986). Perhaps significantly, *Emmott* was distinguished in *Steenhorst-Neerings*, Case C-338/91, judgment of 27 October 1993 (not yet reported).

provisions having direct effect, on the same conditions as would apply were it a question of observing national law.¹¹³

Thus individuals, in enforcing their Community rights, must have access to every remedy, in public or in private law, available in respect of similar or equivalent breaches of national law.

2. *The Principle of Non-discrimination*

According to this principle,

Whilst it is for the domestic system of each member state to designate the Courts having jurisdiction and the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights which subjects derive from the direct effects of Community law ... such conditions cannot be less favourable than those relating to similar actions of a domestic nature.¹¹⁴

3. *The Principle of Effectiveness*

The principle of national treatment is subject to the proviso that national rules, whether of substance or procedure, 'must not make it excessively difficult or impossible in practice to exercise Community rights which national courts have a duty to protect'.¹¹⁵ The remedies provided under national law must guarantee 'full and effective judicial protection' for individuals' Community rights.¹¹⁶ They must be effective in two ways:

- a) they must provide effective protection for individuals' Community rights, and
- b) they must provide a real deterrent against breaches of Community law.

Although these three principles were expressed originally as applying specifically to directly effective Community law they also apply to actions before national courts based on indirect effects and state liability under *Francovich*. The principles were developed prior to the Court's introducing these two concepts, when national courts were deemed to be concerned only with provisions of EC law having direct effect. They were extended in *Francovich* to embrace the protection of 'all rights which parties enjoy under Community law'.¹¹⁷

If under the first two principles of national treatment and non-discrimination Member States were not obliged to provide specific remedies

113 Case 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH and others v. Hauptzollamt Kiel*, [1981] ECR 1805.

114 Case 33/76, *Rewe-Zentralfinanz AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, [1976] ECR 1989.

115 Case 45/76, *Comet BV v. Produktschap voor Siergevassen*, [1976] ECR 2043.

116 *Von Colson and Harz supra* note 25.

117 *Francovich, supra* note 27, at para. 42.

in respect of claims based on Community law, the need to guarantee effective protection has on occasions required the modification of national law, in some cases the provision of new remedies. National law does not always provide remedies which are effective to protect individuals' Community rights or deter parties from breaching EC law. Although the need to provide new or more effective remedies may result in reverse discrimination, with different levels of protection as between matters of Community and matters of domestic law, the principle of non-discrimination does not apply here. Generally EC law is not concerned with reverse discrimination.¹¹⁸

B. The Problems

1. *The Principle of National Treatment*

There is sometimes a problem in deciding what constitutes the appropriate or equivalent national remedy. EC law is *sui generis*. It cuts across traditional legal boundaries; for example it may not be clear whether the question of EC law is a matter of private or public law. This will clearly have a bearing on remedies. Yet the line between the two is never completely clear and will differ from state to state. Sometimes there is no obvious equivalent domestic remedy. In some areas, for example in United Kingdom Competition law, matters are dealt with principally by administrative procedures. There is no obvious judicial remedy available to individuals in respect of alleged infringements. There has been considerable uncertainty in the United Kingdom as to whether a breach of EC law, whether by a public or a private body, constitutes a tort, sounding in damages.¹¹⁹ If so what is the nature of the tort? Is it equivalent to the tort of breach of statutory duty,¹²⁰ in which case liability is strict? Is it governed by the rules of negligence? It must be borne in mind that the damage suffered as a result of breaches of EC law is often purely economic – a factor which operates in most regimes to limit liability. These questions, concerning the equivalent national remedy, are matters of domestic law; thus no assistance can be obtained from the Court of Justice here. The ECJ's jurisdiction under Article 177 is confined to the interpretation of Community law.

118 E.g., Case 155/80, *Oebel*, [1981] ECR 1993: the Courts' case-law concerning the free movement of persons e.g. Case 175/78, *R v. Saunders*, [1979] ECR 1129.

119 Discussed, but not decided, in *Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board*, [1984] AC 130, since the case concerned the grant of an injunction to prevent an alleged breach of Article 86, and the possibility of obtaining damages in lieu of an injunction.

120 As suggested by Lord Diplock in *Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board* *ibid.*; cf. the opinion of Lord Wilberforce.

2. The Principle of Effectiveness

The concept of effectiveness is not capable of precise definition. Clearly if a rule of national law makes it 'impossible in practice' for an individual to exercise his Community rights it will be ineffective. But the concept of effectiveness has been more broadly construed, as requiring Member States to provide 'real and effective' protection for individuals' Community rights.¹²¹ How is the question of effectiveness to be assessed?

The question of whether national remedies are effective to protect individuals' Community rights or to deter breaches of Community law has been assessed on a case by case basis, via reference to the Court of Justice under Article 177. An examination of some of these cases will illustrate the problems. The first is *R v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame*.¹²²

This case concerned a challenge to a British Statute – the Merchant Shipping Act 1988. The Act sought strictly to limit the rights of non-British nationals to fish in British waters, against British quotas, described as 'quota hopping'. It was challenged by a group of Spanish fishermen who had been fishing in these waters for some years, indeed that had been established in the United Kingdom for that purpose, and were threatened with loss of livelihood as a result of the Act. They alleged that the Act breached, *inter alia*, Articles 7 and 52 EEC. They sought an injunction, including interim relief, based on these Articles, which were directly effective, to prevent the application of the Act against them. At the time the question of whether the Act breached EC law was not clear. Although it appeared *prima facie* in breach of Articles 7 and 52, these rights are subject to derogation; they are not universally applicable. Moreover, fishing was subject to a Community regime which provided for national quotas. So the English Divisional Court referred the question of substance to the ECJ, but granted an interim injunction pending the final decision. The Crown appealed to the Court of Appeal against the interim award, claiming that as a matter of English law interim injunctions were not available against the Crown. The remedy sought by the applicants was described by the Court of Appeal as a 'constitutional enormity'; thus the appeal was allowed. The applicants appealed to the House of Lords. The House decided that they had no power under English law to grant an interim injunction against the Crown. They suggested that they might be prepared to do so if they were obliged to do so under EC law. They referred to the ECJ the

121 Or an adequate deterrent against breaches of EC law; see *von Colson supra* note 25.

122 For the decision in which the House of Lords referred questions to the Court of Justice see *supra* note 45. For the Court of Justice ruling see Case C-213/89, [1990] 1 ECR 2433. The House of Lords ruling which applied the ECJ's judgment appears in [1991] 1 AC 645.

question of whether they were so obliged.¹²³ The ECJ's ruling was unequivocal.¹²⁴ It held that:

any provision of a national legal system, and any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent, even temporarily, Community rules from having full force and effect, are incompatible with [national courts' obligation to guarantee effective protection for individuals' Community rights]. Consequently, a national court which considers that the sole obstacle which precludes it from granting interim relief is a rule of national law must set aside that rule.¹²⁵

As a result of the ruling the House of Lords granted the interim relief requested.¹²⁶ When the ECJ finally ruled on the first questions – the question of substance – some (disputed) parts of the Merchant Shipping Act were found to have breached EC law.¹²⁷ So the plaintiffs' claims were vindicated.

The case did not end there. Several claims are now pending, brought by some of the plaintiffs in *Factortame*, for damages, based on *Francovich*.^{127b} They are seeking damages for losses suffered prior to the granting of the injunction, and afterwards, as a consequence of the temporary application of the Act. It will no doubt be argued that damages for those losses are the only way to provide effective protection for the plaintiffs' Community rights under Articles 7 and 52. On the other hand the British Government may argue that there is no remedy in damages in British law for losses suffered as a result of 'illegal' statutes; that *Francovich* only applies to the non-implementation of Directives, that at the time when the Merchant Shipping Act was passed they did not know, and could not reasonably have known, that the Act was in breach of EC law. Thus, particularly in the absence of fault, they should not be liable.

These matters will fall to be decided according to the three basic principles outlined above, which were reasserted in *Francovich*. Thus the question arises as to whether existing United Kingdom rules are effective to protect individuals' Community rights, or whether they render the recovery of damages 'excessively difficult or impossible in practice'? It is submitted that they do; both in the United Kingdom, and in most Member States existing rules amount to a barrier to effective enforcement of Community law. They will not be effective primarily because generally damages may be awarded for

123 Ibid.

124 Ibid.

125 Ibid., at para. 23.

126 Ibid.

127 Case C-221/89 [1991] ECR I-3905, [1991] 3 CMLR 589

127b See note 83 *supra*.

only administrative or executive failures. They are not normally available against legislative circumstances, acts or omissions of Parliament. Yet liability under *Francovich* will often result from such failures, whether in the form of a failure to implement Community law, or failure to repeal legislation which conflicts with Community law. Thus if *Francovich* is to be effectively enforced, national laws in this respect must change. This will require a further significant bending of national constitutional rules, particularly since liability in damages will depend on a prior finding that an act or omission of Parliament is 'wrongful'.

Furthermore, even where national law provides for damages against the state acting in its administrative or executive capacity, liability is normally limited. Public authorities are not usually liable in damages for acts which are simply wrongful or invalid. In most cases¹²⁸ liability will depend on fault; albeit subject to different degrees of culpability. This is a matter of policy. Public authorities are obliged to act in the public interest; they must be protected against a multiplicity of actions, as must the public purse. In the United Kingdom liability in damages for *ultra vires* acts is based on the tort of misfeasance in public office; it requires that the illegal act be committed deliberately, or with knowledge of its invalidity. In other states different degrees of negligence may suffice. Will these standards offer effective protection for individuals' Community rights? Will they be sufficient to deter states from breaching their Community obligations? If *Francovich* is to be applied fairly and uniformly liability cannot depend on the vagaries of national law; some basic Community rules will have to be provided.

A second case demonstrating the problems facing national courts in respect of their obligation to guarantee effective remedies is *Marshall v. Southampton Area Health Authority No. 2*.¹²⁹ In this case Miss Marshall brought an action against her employer, the Southampton Area Health Authority, based on Equal Treatment Directive 76/207.¹³⁰ As has been noted, the Court found that the Directive was directly effective against the health authority, since it was a public body, even though it was acting in its private capacity as employer. It also found, contrary to expectations, that the Directive prohibited the imposition by employers of different retirement ages for men and women. Thus the hospital authority was liable to compensate Miss Marshall, who had been forced to retire at 63 (she had been allowed to continue working after retirement age, fixed at 60.) Had she been a man, she would have been able to work until the age of 65. Following the ECJ's ruling, the Southampton Industrial Tribunal decided that the damages awarded under the Sex Discrimination Act 1975 (the equivalent national remedy), which at

128 France and Luxembourg appear to be the exception; see Schockweiler *supra* note 87.

129 Case C-271/91. *The Times*, 4 July 1993; [1993] IRLR 417; [1994] 1 ALL ER 586, judgment of the Court of 2 August 1993 (not yet reported in the ECR).

130 *Supra* note 23.

the time were limited to £6,250, were ineffective to compensate for the losses suffered by Miss Marshall as a result of her discriminatory treatment. They awarded her a sum of £19,405. This sum included £7,710 in respect of interest. The employers made an *ex gratia* payment of the capital sum but challenged the award of interest. The case found its way to the Court of Appeal.¹³¹ In deciding the question of the award of interest¹³² the Court of Appeal was forced to consider the statutory limit on damages. Was it sufficient to guarantee effective protection for the claimant's Community rights? If so the question of interest was immaterial. Miss Marshall would already have received a sum well above the statutory limit. The Court acknowledged its obligation to provide an effective remedy. It even suggested that the damages provided under the Sex Discrimination Act 1975 might not provide effective protection for Miss Marshall's Community rights. But it found that the EC Directive in question did not lay down any unconditional and sufficiently precise obligations as regards sanctions for discrimination; it contained no specific directly effective remedy. In these circumstances the statutory limits must apply.

Miss Marshall appealed to the House of Lords which referred a number of questions to the ECJ concerning the nature of Member States' obligations under Article 6 of the Directive, and whether it was permissible under that Article to impose statutory limits. The Court held that it was not.¹³³ Since the objective of the Directive was to achieve real equality of opportunity, where financial compensation was the measure adopted to achieve this objective, it had to enable the loss actually sustained to be made good in full, in accordance with the applicable rules of national law. It followed that the compensation provided under national law could not be limited *a priori* in amount. Following the same principle, an award of interest in accordance with the applicable national rules was an essential component of compensation.

The application of this ruling leaves little discretion to the House of Lords. The concept of full compensation, the basic principle underlying tort compensation, is fully developed in English law. Miss Marshall was entitled to be put in the position she would have been in had she worked, as she wished to do, until the age of 65, with interest as from the date of discrimination, when her dismissal occurred. But the wider implications of the case remain unclear. Was the Court simply responding, as it appeared to be, in the context of questions referred concerning the applicability and adequacy of particular rules of English law? Or was it taking a step towards a new Community principle of full compensation? If so, does the principle of full compensation only apply to claims based on sex discrimination, or does it apply

131 [1990] 3 CMLR 425.

132 The Employment Appeal Tribunal had allowed the employer's appeal on this point.

133 *Supra* note 129.

to all claims based on EC law? Even if a principle of full compensation were to apply in all Member States, as long as it is applied 'in accordance with the applicable rules of national law' there will be no uniformity.

Apart from the uncertainty as to its wider significance, the implications of this decision are profound. Since no limitations were placed on the effect of the judgment 'public' employers are now potentially liable to pay full compensation to persons suffering discrimination in the past. If *Emmott* is to apply to these claims, time in respect of all past claims will not begin to run until the obligations arising under Directive 76/207¹³⁴ are fully transposed into domestic law, that is until the damages provisions of the Sex Discrimination Act (Section 65(2)) are amended to comply with *Marshall*.^{134b} Given that it was not unreasonable for employers to presume that liability would be limited to the statutory sum (which was no doubt a sufficient deterrent against discrimination) they might legitimately complain that in introducing a principle of full compensation the Court has failed to respect the principle of legal certainty.

A third case in which the need to provide effective remedies has resulted in a successful challenge to domestic law, this time in Northern Ireland, is the case of *Johnston v. Royal Ulster Constabulary*.¹³⁵ This case also concerned a claim based on Equal Treatment Directive 76/207.¹³⁶ Mrs Johnston claimed that her employers, the RUC, had treated her in a discriminatory manner, in breach of the Directive. They had refused to renew her contract of employment. They had decided not to employ women as full-time members of the RUC, since they were not trained in the use of firearms nor permitted to use them. Thus the discrimination was clearly based on sex. Although the Directive provides grounds for exemption from the non-discrimination principle 'where the sex of the worker is a determining factor', and for 'provisions concerning the protection of women, particularly as regards pregnancy and maternity',¹³⁷ these provisions were found by the ECJ not to apply to her case. The RUC's alternative justification for discrimination was based on public policy and public security. It argued that to allow women to carry and use firearms increased the risk of their becoming targets of assassination. As evidence that these grounds were established the Chief Constable produced before the Irish Industrial Tribunal a certificate issued by the Secretary of State for Northern Ireland certifying that the act of refusal to offer Mrs Johnston further employment was done for the purpose of safeguarding national security and public order. Under Article 53(2) Sex Discrimination

134 *Supra* note 23.

134b Now achieved by the Sex Discrimination and Equal Pay (Remedies) Regulations 1003 SI 93/2798.

135 Case 222/84 [1986] ECR 1651.

136 *Supra* note 23.

137 Articles 2(2) and 3 of the Equal Treatment Directive, *ibid.*

Northern Ireland Order such a certificate from the Secretary of State that the act was done for that purpose was 'conclusive evidence' that it was so done.

A number of questions were referred to the ECJ concerning *inter alia* the question of justification for discrimination. The question of the Secretary of State's certificate and the possibility of challenge to that certificate was not directly raised. Nevertheless this point was seized on by the Court. Article 6 of the Directive required states to enable persons who considered themselves wronged to 'pursue their claims by judicial process after possible recourse to the competent authorities'. This provision, said the Court, 'reflected a general principle of law which underlies the constitutional traditions common to the Member States... That principle is also laid down in Articles 6 and 13 of the European Convention on Human rights and Fundamental Freedoms.'¹³⁸ It was for Member States to ensure effective judicial control as regards compliance with the applicable provisions of Community law and of national legislation intended to give effect to the rights for which the Directive provides. The Court concluded that the effect of Article 53(2) Sex Discrimination Northern Ireland Order, requiring the Secretary of State's certificate to be treated as conclusive evidence that the conditions for derogation were fulfilled, was to deprive the individual of the possibility of asserting by judicial process the rights conferred by the Directive. Such a provision was 'contrary to the principle of effective judicial control laid down by the Directive'.¹³⁹

Thus the obligation on national courts to guarantee effective judicial protection affects matters not only of substance but of procedure. Where national law is inadequate national courts must simply provide the 'appropriate' remedy. This will result in a double standard; one for matters of EC law, another (and lesser) standard for matters of domestic law.

Although the Court has not abandoned its theoretical position that the provision of remedies is in principle a matter for national law it has in fact already laid down, in addition to general principles, a number of *specific* rules of Community law. It has held that claims for restitution of money paid under an illegal charge or tax cannot be recovered where the cost has been passed on, and that the burden of proving that the charge has not been passed on must not be imposed on the parties seeking restitution.¹⁴⁰ In the *Zuckerfabrik* case,¹⁴¹ following its ruling in *Factortame*¹⁴² it set out specific *Community* criteria for the award of interim injunctions by national courts pending a ruling on the validity of a Community act. It was implicit in the judgment that the same criteria would apply where the ECJ was asked to give

138 *Supra* note 129, at para. 18.

139 *Ibid.*, at para. 20. This decision is a rare example of the ECJ overtly commenting, in Article 177 proceedings, on the legality of Member States' domestic law.

140 Case 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA San Giorgio*, [1983] ECR 3595.

141 Cases C-143/88, C-92/89 [1991] ECR 415.

142 Case C-213/89 [1990] 1 ECR 2433.

a ruling on the interpretation of Community law. In *Emmott*,¹⁴³ although national limitation periods were held to apply in matters of Community law,¹⁴⁴ the Court in fact changed the basis of national limitation rules. Finally in *Marshall II* it has introduced a principle of full compensation for claims based on directly effective Directives, despite the lack of any clear and precise requirement as regards remedies in the Directive itself. The obligation was based on states' obligation to ensure that the remedies provided are 'sufficiently effective to achieve the objectives of the Directive'.¹⁴⁵ There seems no reason why this principle should be confined to sex discrimination cases or to claims based on direct effects. It could be applied to a claim based on *Francovich*.

From these developments it is clear that the Court has recognized that, given the wide variation in remedies and procedures from state to state and the inadequacy of some national rules, certain common Community rules must be provided. Certainly if *Francovich*¹⁴⁶ is to be applied fairly and uniformly throughout the Community, specific Community rules must be spelt out as to what will constitute a breach of Community law sounding in damages, and what principles are applicable to matters of causation and the award of damages. Unless the EC institutions are prepared to legislate to harmonize national laws in this sphere, the rules will have to be developed ad hoc, in Article 177 proceedings. This is not satisfactory. The very nature of the procedure, based on a separation of powers between national and Community courts, means that the ECJ's jurisdiction is limited to particular questions referred in a particular factual context. As a result principles with significant repercussions, economic and social as well as legal, are decided, and probably applied, in relative isolation: their wider implications and application are not explored. As soon as one question is answered, for example the issue of state liability in *Francovich*, or of damages in *Marshall II*, more are created. If a Community system of remedies for breaches of Community law is to be devised, then in the interest of equality and legal certainty that task should be achieved by legislation. It is to be hoped that the threat of liability under *Francovich* will at last provide states with an incentive to agree to common rules for the enforcement of EC law.

143 *Supra* note 10

144 Subject to their being of 'reasonable' duration and effective to protect individuals' Community rights; see *Emmott* *ibid*.

145 *Supra* note 129, at para. 22.

146 *Supra* note 27.

V. Challenging Community Obligations; The Role of General Principles of Law

As has been noted above, individuals are limited in their opportunity to challenge Community obligations directly before the Court of Justice under Articles 173 and 175 EEC. However, where those obligations are imposed, directly or indirectly, on individuals, via action (or inaction) on the part of national authorities, they may be challenged, in any available form of national proceedings, before the Courts of Member States. Where the challenge concerns the legality of a Community act it may be referred to the Court of Justice under Article 177 for a ruling on its validity. In this context he may challenge indirectly *any* act,¹⁴⁷ outside the strict two-month time limit of Article 173, (although his action under domestic law will be subject to the rules and limitation periods of national law¹⁴⁸). If the national judge has any doubts concerning the validity of the Community act he *must* refer to the ECJ, since, whilst he may find a Community measure valid, he has no power to declare its invalidity.¹⁴⁹ Where a *national* measure purporting to implement Community law is challenged as being in breach of Community law, a national judge may seek guidance on the *interpretation* of that law, prior to deciding himself whether the act of his national authorities is 'wrongful'. In both cases, whether the challenge is to Community or domestic action carried out pursuant to Community law the question of validity may be decided by the application of general principles of law.

These principles, which constitute the unwritten law of the Community, were introduced by the Court of Justice in a series of cases, starting with *Internationale Handelsgesellschaft*, as 'rules of law relating to the application'¹⁵⁰ of the EC Treaty, breach of which might constitute grounds for annulment under Article 173 EEC. As rules of Community law they are also binding on national authorities when they act in matters, and pursuant to obligations of, Community law.¹⁵¹ The general principles of law enforceable within the Community context are those drawn from 'constitutional traditions common to the constitutions of Member States' and from 'international treaties for the protection of human rights on which Member States have collaborated or of which they are signatories'.¹⁵² They were introduced by the Court for a twofold purpose; to increase the judicial protection of individuals and to avoid the possibility of conflict between Community law and basic

147 Cf. Article 173, which only permits a challenge to a 'true' Decision.

148 Subject to the principles of non-discrimination and effectiveness outlined above.

149 Established conclusively in Cases C-143/88, C-92/89, *Zuckerfabrik*, *supra* note 141.

150 *Supra* note 41.

151 See, e.g., Case 5/88, *Wachauf*, [1989] ECR 2609.

152 Case 4/73, *Nold*, *supra* note 2, at para. 13.

rights protected under national constitutions.¹⁵³ Those adopted by the Court include principles of equality, legal certainty, proportionality, the right to be given reasons for decisions, the right to a hearing, and the protection of legal professional privilege.¹⁵⁴ The list is not closed. It remains to be seen whether subsidiarity in its original philosophical meaning, based on the need to foster individual and social responsibility,¹⁵⁵ will be added. Although the concept of subsidiarity has been incorporated into the EC Treaty by the Maastricht treaty,¹⁵⁶ it is defined narrowly there, in terms of comparative efficiency.¹⁵⁷ Thus it may need to be augmented to include the broader (and more important from the point of view of individuals) general principle that 'decisions should be made as closely as possible to the people'.¹⁵⁸

VI. Conclusions

There is no doubt that the enforcement of EC law within national legal systems raises problems for national courts in all Member States. In order to provide effective protection for individuals' Community rights (and indirectly to secure the enforcement of EC law against Member States which have failed to fulfil their Community obligations) national courts are required to embrace new principles, to jettison traditional constitutional doctrines, to discard traditional rules of substance and procedure. If EC law has required states to change their rules, sometimes drastically, this is justified by the need to ensure the effective enforcement of Community law. It is necessary that EC law be uniformly and correctly applied in all Member States both for the Community's health and its survival. The Court's contribution in laying down principles and rules of Community law in order to achieve these ends cannot be overstated.

However, that task has now become too large, too complex, and too important for Member States, to be resolved by the Court alone, *a fortiori* in Article 177 proceedings. *Francovich* in particular has introduced a new and powerful weapon into the armoury of Community remedies. In the absence

153 The problem which arose in Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *supra* note 41.

154 For a detailed account see the extensive literature on the subject. Principal articles are listed in the attached bibliography.

155 See Wilke, Wallace, 'Subsidiarity; Approaches to Power-sharing in the European Community', RIIA Discussion Paper (1980) 27.

156 New Article 3(b) EC Treaty.

157 'The Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and insofar as the objections of the proposed action cannot be sufficiently achieved by Member States.'

158 Preamble, Article A Treaty on European Union; Provisions not part of EC Treaty subject to the ECJ's jurisdiction: this would not prevent the Court from taking it into account as a general principle of Community law.

of common and detailed rules for its enforcement it will be tested, and tested again, in the courts. This will be good for lawyers, but bad for litigants. Such matters need to be resolved by legislation.

These problems apart, there is little doubt that the influence of Community law in this area has been beneficial. In all Member States there exist, in differing degrees, preserved territories, areas of immunity in which individuals' rights are not fully protected. Not all of these are justified. These areas will have to be re-examined. Cooperation in the framing of legislation to provide an effective system of Community remedies will provide an opportunity for Member States to reconsider their own laws, resulting if not in the harmonization of national systems at least in increased convergence. Thus the need to guarantee effective protection for individuals' Community rights may also result in the long term in better protection for individuals in matters of national law.

Bibliography

- Barav, Green, 'Damages in the National Courts for Breach of Community Law', 6 *YEL* (1986) 55-119.
- A. Barav, *Damages in the Domestic Courts for Breach of Community Law by Public Authorities*, Chapter 11, 'Non Contractual Liability of the European Communities' (1988) 149.
- Beatson, 'Public and Private in English Administrative Action', 103 *LQR* (1987) 34.
- Bebr, '*Francovich v. Italian State*', 29 *CML Rev.* (1992) 557.
- Bridge, 'Procedural Aspects of the Enforcement of EEC Law through the Legal Systems of the Member States', 9 *EL Rev.* (1984) 28.
- Bronckers, 'Private Enforcement of 1992', 26 *CML Rev.* (1990) 513.
- Curtin, 'The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives', 15 *EL Rev.* (1990) 195.
- Curtin, 'The Effectiveness of Judicial Protection of Individuals' Community Rights', 27 *EL Rev.* (1990) 709.
- Hepple, Byre, 'EEC Labour Law in the UK: A New Approach', 18 *ILJ* (1989) 129.
- Koopmans, 'European Public Law: Reality and Prospects', [1992] *Public Law* 53.
- Lang Temple, 'Community Constitutional Law; Article 5 EEC Treaty', 27 *CML Rev.* (1990) 645.
- Lewis, Moore, 'Duties, Directives and Damages in European Community Law', *Public Law* (1993) 151.
- Mancini, 'The Making of a Constitution for Europe', 26 *CML Rev.* (1989) 594.
- H. Rasmussen, *On Law and Policy Making in the European Communities* (1986).
- Ross, 'Beyond *Francovich*', 56 *MLR* (1993) 55.
- Schermers, 'The European Community Bound by Fundamental Human Rights', 27 *CML Rev.* (1990) 249.
- Schockweiler, 'Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne', 26 *RTDE* (1990) 27.
- Schwartz, 'The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights', 24 *CML Rev.* (1986) 401.
- Steiner, 'How to Make the Action Fit the Case? Domestic Remedies for Breach of EEC Law', 12 *EL Rev.* (1987) 102.
- Steiner, 'From Direct Effects to *Francovich*: Shifting Means of Enforcement of Community Law', 18 *EL Rev.* (1983) 3.

- Szyszczyk, 'European Community Law; New Remedies, New Directions?', 55 *MLR* (1992) 604.
- Tatham, 'The Effect of Community Directives in France', 40 *ICLQ* (1991) 907.
- Weatherill, 'National Remedies and Equal Access to Public Procurement', *YEL* (1990) 244.
- Weiler, 'Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities', 61 *Washington Law Review* (1986) 1103.
- Wyatt, 'Enforcing EC Social Rights in the UK', 18 *ILJ* (1989) 191.

Index of Decisions of Transnational Courts

Judgments of the European Court of Justice (arranged by case number)

Opinion 1/91, Espace économique européen; **55; 66; 93; 170; 176**

Case 7/56, Algeria c. Assemblée de la CECA; **58;**

Joined Cases 17 and 20/61, Klöckner Werke; **60**

Case 24/62, Germany v. Commission; **213**

Case 26/62, Van Gend en Loos; **57; 79; 252**

Joined Cases 28-30/62, Da Costa en Schaake; **118**

Case 75/63, Unger; **69**

Case 6/64, Costa c. ENEL; **78; 86; 259**

Case 48/65, Alfons Lütticke; **250**

Case 57/65, Lütticke; **80**

Case 1/69, Italie c. Commission; **140**

Joined Cases 2 and 3/69, Diamantarbeiders; **80**

Case 29/69, Stauder; **60; 88; 140**

Case 9/70, Franz Grad; **81; 254**

Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft; **87; 259; 284-285**

Case 22/70, ERTA; **84; 149; 160; 195; 212**

Case 30/70, Scheer; **106**

Case 40/70, Schroeder; **212**

Case 5/71, Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt; **270; 271**

Joined Cases 21 to 24/72, International Fruit; **84; 88**

Case 4/73, Nold; **60; 140; 249; 284**

Case 146/73, Rheinmühlen c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel; **78**

Case 175/73, Union syndicale et autres c. Conseil; **60-61**

Case 181/73, Haegeman II; **84**

Case 2/74, Reyners; **77; 80**

Case 9/74, Casagrande; **70**

Case 36/74, Walrave and Koch; **70**

Case 41/74, Van Duyn; **252**

Case 43/75, Defrenne II; **57; 62; 66; 73; 80; 89; 94; 175; 253; 261**

Case 52/75, Commission c. Italie; **115**

Case 113/75, Frecassetti; **160**

Case 118/75, Watson et Belmann; **132**

Case 130/75, Prais; **61**

Joined Cases 3, 4, and 6/76, Kramer; **114**

Case 13/76, Dona c. Mantero; **89**

Case 33/76, Rewe; **116; 124-125; 275**

Case 45/76, Comet; **116; 275**

Case 50/76, Amsterdam Bumb; **132**

Case 74/76, Iannelli v. Meroni; **209**

Case 83, 94/76; 4, 15, 40/77, Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe; **271**

Case 90/76, Ameyde; **160**

Case 29/77, Roquette c. France; **213**

Case 83/77, van Tiggele; **80**

Case 103, 145/77, Scholten Honig; **271**

Case 106/77, Simmenthal II; **79; 87; 95; 117; 121; 131; 270**

Case 149/77, Defrenne III; **60-62**

Case 120/78, Cassis de Dijon; **29**

Case 124/78, List; **152**

Case 141/78, France c. Royaume-Uni; **111**

Case 148/78, Ratti; **81-82; 141; 252**

Case 175/78, R. v. Saunders; **276**

Case 232/78, Commission c. France; **72**

Case 44/79, Hauer; **60-61; 88**

Case 68/79, Just; **116**

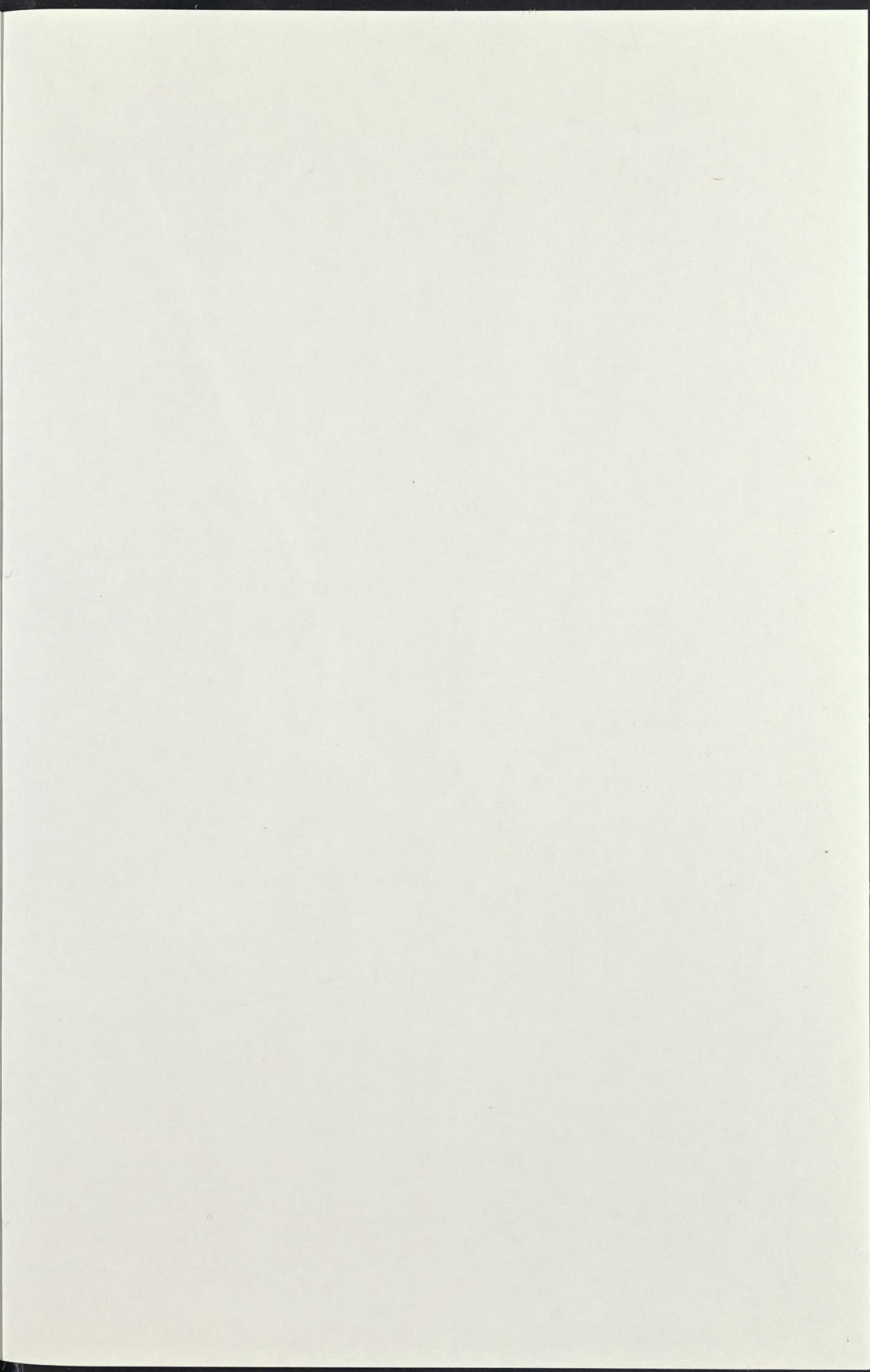
Case 102/79, Commission c. Belgique; **113**

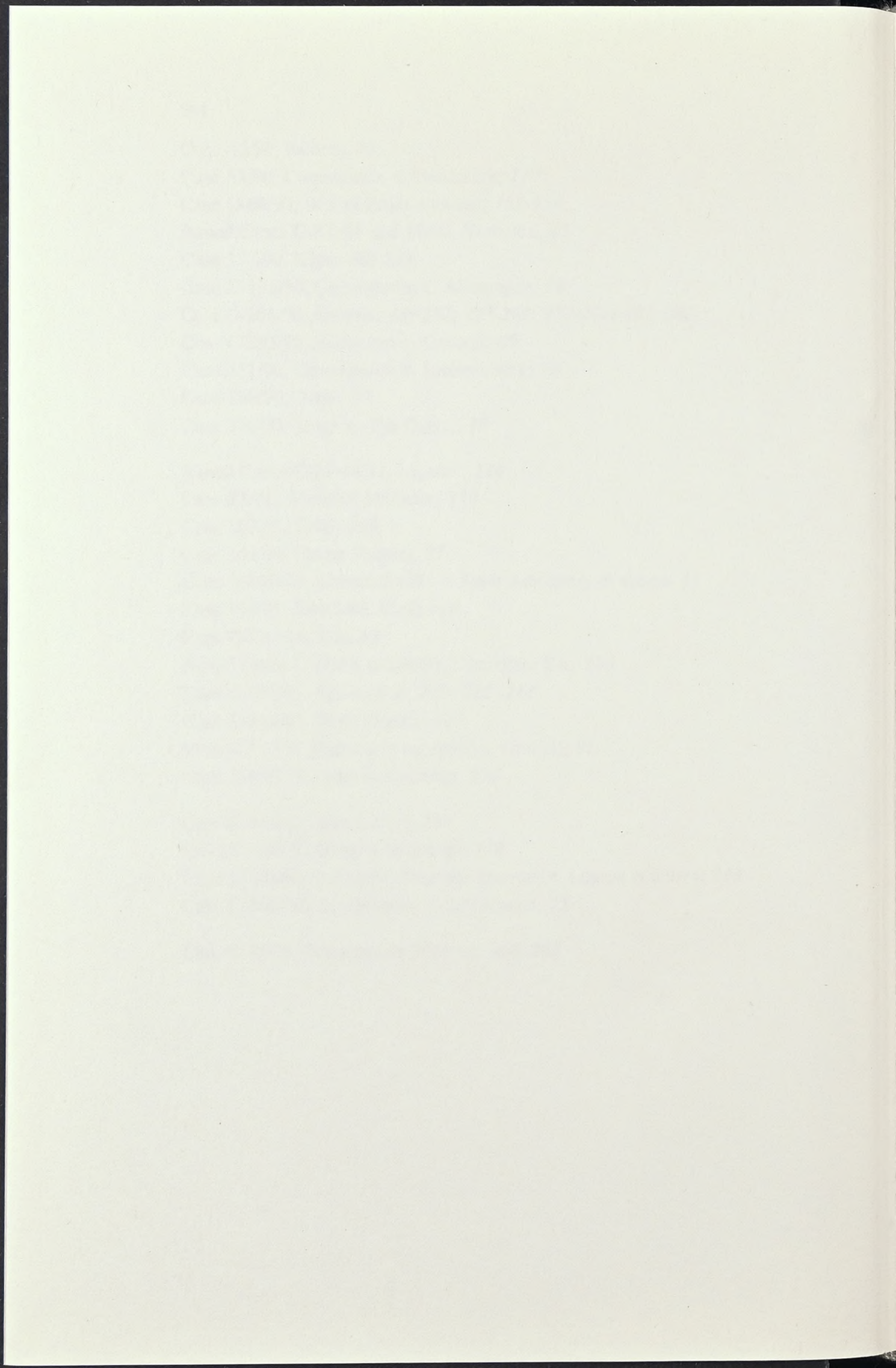
- Case 104/79, Foglia c. Novello I; **78**
Joined Cases 119 and 126/79, Lippische Hauptgenossenschaft; **117**
Case 136/79, National Panasonic c. Commission; **60-61**
Case 138/79, SA Roquette frères (Isoglucose); **65**
Case 811/79; Ariete; **116**
- Joined Cases 24 and 97/80, Commission c. France; **72**
Case 27/80, Fietje; **80**
Case 155/80, Oebel; **276**
Case 158/80, Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH and others v.
Hauptzollamt Kiel, **274-275**
Case 203/80, Casati; **131-132**
Case 208/80, Lord Bruce of Donington; **123-124; 155**
Case 244/80, Foglia c. Novello II; **78; 119**
Case 246/80, Brockmeulen; **78**
Case 270/80, Polydor; **84**
Case 276/80, Ferriera Padana; **212**
- Case 8/81, Becker; **82; 254; 258; 261**
Case 19/81, Burton; **263; 267**
Case 53/81, Levin; **69; 77**
Case 60/81, IBM; **151**
Case 68/81, Commission c. Belgique; **115; 142**
Case 102/81, Nordsee c. Reederei Mond; **78**
Case 104/81, Kupferberg; **84**
Case 230/81, Luxembourg c. Parlement; **95; 107**
Case 246/81, Bethell; **251**
Case 283/81, Cilfit; **59; 78; 118**
- Joined Cases 35 and 36/82, Morson; **71**
Joined Cases 43 and 63/82, Vlaamse Boekwezen; **61**
Case 139/82, Piscitello; **70**
Case 199/82, San Giorgio; **282**
Cases 205-215/82, Deutsche Milchkontor; **76; 125-126**
- Case 13/83, Parlement c. Conseil; **105-106; 109; 137**
Case 14/83, von Colson et Kamann; **120; 141; 255; 275; 277**
Case 79/83, Harz; **120; 255; 275**
Case 107/83, Ordre des avocats au barreau de Paris c. Klopp; **70**

- Case 108/83, Luxembourg c. Parlement; **151**
Case 267/83, Diatta; **70**
Case 293/83, Gravier; **69**
Case 294/83, Les Verts c. Parlement; **55; 103; 151-152; 154**
- Case 42/84, Remia-Nutricia; **213**
Case 60-61/84, Cinéthèque c. Fédération nationale des cinémas français; **62**
Case 143/84, Commission c. Danemark; **113**
Case 152/84, Marshall; **82; 121; 254; 259; 261; 263; 265; 267-268; 273**
Case 178/84, Commission v. Germany; **267**
Case 222/84, Johnston; **113; 281**
Case 237/84, Commission c. Belgique; **109**
- Case 59/85, Reed; **70**
Case 69/85, Wünsche Handelsgesellschaft; **78**
Case 78/85, Groupe des droites européennes c. Parlement; **152; 154**
Joined Cases 201 and 202/85, Klensch; **62**
Case 234/85, Franz Keller; **60**
Joined Cases 281, 283-285 and 287/85, Allemagne c. Commission; **85**
Case 286/85, McDermott & Cotter I; **258**
Case 293/85, Commission c. Belgique; **107**
Case 314/85, Foto-Frost; **78; 118; 129**
Joined Cases 358/85 and 51/86, France c. Parlement; **151**
Case 429/85, Commission c. République italienne; **110**
Case 437/85, Commission c. République fédérale d'Allemagne; **77**
- Case 12/86, Demirel; **62; 84; 85**
Case 24/86, Blaizot; **69; 261**
Cases 31, 35/86, Laisa; **100**
Case 68/86, Royaume-Uni c. Conseil (Substances hormonales); **156**
Case 80/86, Kolpinghuis Nijmegen; **120; 122; 264**
Case 126/86, Gimenez Zaera; **164**
Case 221/86, Groupe des droites européennes et parti «Front national»; **153**
Case 222/86, Heylens; **61-62**
Case 249/86, Commission c. Allemagne; **61-62**
Case 313/86, Lenoir; **164**
- Case 22/87, Commission c. Italie; **83; 256**
Cases 46/87 and 227/88, Hoechst; **61**

- Joined Cases 62 and 72/87, Exécutif régional wallon; **142**
 Case 94/87, Commission c. Allemagne; **116; 126**
 Case 186/87, Cowan; **70**
 Case 265/87, Schröder; **88**
 Case 302/87, Parlement c. Conseil (Comitologie); **231**
 Case 377/87, Parlement c. Conseil; **108**
 Case 383/87, Commission c. Conseil; **108**
- Case C-2/88, Zwartveld; **112**
 Case 5/88, Wachauf; **284**
 Case 68/88, Commission c. Grèce; **132-133**
 Case C-70/88, Parliament v. Council (Tchernobyl); **146**
 Case 143/88, Zuckerfabrik; **78; 88; 128; 282; 284**
 Case C-217/88, Commission c. Allemagne; **127**
 Case 322/88, Grimaldi; **160**
 Case 262/88, Barber c. Guardian Royal Exchange; **261**
 Case C-361/88, Commission c. Allemagne; **113**
- Case 5/89, Commission c. Allemagne; **126**
 Case 44/89, von Deetzen; **125**
 Case C-74/89, Commission c. Belgique; **127**
 Case C-106/89, Marleasing; **120-122; 262**
 Case C-188/89, Foster c. British Gas; **82; 261**
 Case C-192/89, Sevince; **84-85**
 Case C-213/89, Factortame; **78; 87; 117; 121; 129; 277; 282;**
 Case C-221/89, Factortame II; **80; 278**
 Case 231/89, Gmurzynska-Bscher; **76**
 Case C-300/89, Commission c. Conseil (Dioxyde de titane); **210; 231**
 Case 308/89, Carmina di Leo c. Land Berlin; **70**
 Case C-340/89, Vlassopoulou; **70**
 Case 368/89, Crispoltoni; **125**
 Case C-377/89, McDermott & Cotter II; **258**
 Case 381/89, Athinon c. Grèce; **82; 87**
- Joined Cases C-6 and 9/90, Francovich; **83; 115; 256-257; 265-275; 278-279; 283; 285**
 Case C-18/90, Onem c. Kziber; **85**
 Joined Cases C-19 and 20/90, Symvoulio Epikrateias; **82**

- Case 45/90, Paletta; **70**
Case 52/90, Commission c. Danemark; **117**
Case C-68/90, Blot et Front national; **153-154**
Joined Cases C-87, 88 and 89/90, Verholen; **83**
Case 177/90, Kühn; **88; 125**
Case C-195/90, Commission c. Allemagne; **78**
Case C-208/90, Emmott; **83; 252; 257-258; 272-274; 281; 283**
Case C-295/90, Parlement c. Conseil; **69**
Case 351/90, Commission c. Luxembourg; **70**
Case 360/90, Bötzel; **77**
Case 370/90, Singh c. The Queen; **70**
- Joined Cases C-31-44/91, Lageder; **124**
Case 83/91, Wienand Meilicke; **119**
Case 107/91, ENU; **108**
Case 156/91, Hansa Fleisch; **81**
Case C-168/91, Konstantinidis c. Stadt Altensteig et autres; **61**
Case 188/91, Deutsche Shell; **160**
Case C-237/91, Kus; **85**
Joined Cases C-260 and 261/91, Diversinte SA; **125**
Case C-271/91, Marshall II; **279; 280; 283**
Case C-314/91, Beate Weber; **147**
Case C-316/91, Parlement européen c. Conseil; **92**
Case 338/91, Steenhorst-Neerings; **274**
- Case C-91/92, Faccini Dori; **264**
Case C-157/92, Giorgio Banchemo; **118**
Case C-163/92, Administration des douanes c. Legros et autres; **106**
Case C-345/92, Commission c. Allemagne; **72**
- Case C-46/93, Brasserie du Pêcheur; **266; 268**







MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS

CCEL 5

ISBN 0-7923-3047-1

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

1992 - Vol. III - 1

NIJHOFF