



EUROPEAN PUBLIC
LAW ORGANIZATION

EPLO



NATIONAL SCHOOL OF
POLITICAL STUDIES AND
PUBLIC ADMINISTRATION

NSPSA

Normativity, fundamental rights and legal order in the EU

Normativité, droits fondamentaux et ordre juridique dans l'UE

**Editor
Lucica Matei**



"The Dialogues of EPLO at NSPSA" Series, No.1/2010
"Les Dialogues de l'OEDP à ENEPA" Série, No.1/2010

Bucharest
Editura Economică

Coperta:
Alexandru ION

Revizie text:
Carmen SĂVULESCU

Tehnoredactare computerizată:
Alexandra Irina DRAGOMIR



EUROPEAN PUBLIC
LAW ORGANIZATION

EPLO



NATIONAL SCHOOL OF
POLITICAL STUDIES AND
PUBLIC ADMINISTRATION
NSPSA

Normativity, fundamental rights and legal order in the EU

**Normativité, droits fondamentaux
et ordre juridique dans l'UE**



ISBN 978-973-709-512-1

Copyright © Editura Economică, 2010



Editura Economică

010702, BUCUREȘTI, sector 1,
Calea Griviței nr. 21, etaj VII;
tel.: 314.10.12; 319.64.96; 319.64.97;
E-mail: edecon@edecon.ro;
office@edeconomica.com;
<http://www.edecon.ro>;
www.edeconomica.com

Comenzi la:

**Editura Economică
Distribuție**



010553, București, sector 1,
Calea Dorobanților nr. 33 A;
tel./fax: 210.73.10; 210.63.07;
<http://www.e-economicshop.com>

Table of contents

Table des matières

Foreword / 7
Avant-propos

La régulation, une forme moderne de la normativité? / 15
Regulation, a modern form of normativity?
Gérard Timsit

European legal integration: new possibilities for EU
and non-EU citizens? / 29
Intégration légale européenne: nouvelles possibilités
pour les citoyens européens
et non-européens?
Matteo Gnes

L'Union européenne: un ordre juridique démocratique? / 57
The European Union: a democratic legal order?
Bertrand Mathieu

Les marchés et les contrats publics: concurrence,
transparence et neutralité / 73
The markets and public contracts: competition, transparency
and neutrality
Pierre Nihoul

European judiciary / 105
Système judiciaire européen
Thomas Oppermann

6 *Normativity, fundamental rights and legal order in the EU*

The constitutional system of fundamental rights of the
European Union / 113

Le système constitutionnel des droits fondamentaux de
l'Union européenne

Helena Raulus

Les institutions de l'Union après le Traité de Lisbonne / 155

The European Union institutions after the Lisbon Treaty

Jean Paul Jacqué

Foreword

Two years ago, specifically on 23 May 2008, the European Public Law Organization (EPLO) Branch in Bucharest was established in the presence of Prof.Dr. Spyridon Flogaitis, Director, President of the Board of Directors and important Romanian and Hellenic officials. Hosted by the National School of Political Studies and Public Administration (NSPSPA) through the Faculty of Public Administration, the EPLO Branch in Bucharest has marked an important moment in view of extending and developing EPLO specific activities and has encompassed an activity of collaboration of over a decade between the two institutions.

The forms of collaboration, already traditional: joint European programmes, participation in the European Public Law Academy, mobility of students, doctoral students and teaching staff will be diversified. The start of a cycle of conferences on actual topics of the European Union construction, legal, administrative and managerial substantiation of the important processes represents such a form.

Conducted under the aegis “The Dialogues of EPLO at NSPSPA”, the conferences have enjoyed the participation of recognized academic personalities from prestigious European universities. The conferences have carried forth scientific events for the Romanian academia, in view to increase EPLO prestige, to acquire knowledge and disseminate its activities.

The current volume gathers the content of the first conferences, circumscribing to important concepts of the theory and practice of the EU construction: normativity, fundamental rights or legal order.

Of course the reader’s thorough analysis when studying the current volume will get us close or far away from the three concepts, already stated.

Thus, the first topic „La Régulation, une forme moderne de la normativité?” of Professor Gérard Timsit debates, from doctrine view, the specific difference between «régulation» and «réglementation», taking into consideration „the crisis of

traditional normativity” developing towards „a new social normativity”.

Considering the societies’ complexity, the author identifies another crisis of „the deficit of legitimacy”, leading to „the deficit of societies’ complexity and their governance systems”.

Professor Timsit, whose work substantiates the programmes on theory and science of administration within the framework of NSPSA, reveals the necessity of new changes in view of better understanding the complexity: transforming the bureaucratic state into a strategic state, thus triggering a reshaped administration, able to deal the society’s empirical realities in times of crisis or disaster. The issues specific for the transformations of the European institutions after the Lisbon Treaty are approached by Professor Jean Paul Jacqué, who insists on „strengthening the effectiveness of the EU institutional system” through the democratisation of law-making within the Council, enlargement of the scope of the co-decision procedure etc. The comparative analysis between the provisions of the former EU Constitution and those of Lisbon Treaty emphasises the necessity of national parliaments’ participation and promotion of participative democracy in view of democratization of law-making within the Council.

In the conclusions of the conference, the author presents „the open democratic space that has to be occupied by political actors and citizens”, which should abandon the traditional behaviour in the European elections, insisting on relevant matters concerning the competences and contents of the EU policies.

The perspective opened by Lisbon Treaty on fundamental rights protection in the European Union provides for the first time a mandatory set of fundamental rights.

Corroborating this fact with the provisions of the EU Charter of Fundamental Rights, common questions emerge, finding an answer in Professor Helena Raulus’s conference.

The questions refer to the meaning of that new fundamental rights system for the Union or Member States as well as to the EU role in strengthening the fundamental human rights and creating a new mechanism for monitoring the human rights infringement by the Member States.

A final conclusion, quite interesting for the debated topic refers to the fact that in the emphasised context, the Union does not gain any new competences or tasks on human rights protection and the provisions of the Charter are mainly directed to the Union institutions and to the Member States only when they are acting within the scope of the Union law.

Matteo Gnes's conference tries to address other question: „European legal integration: new possibilities for EU and non-EU citizens?”

Based on a broad range of relevant cases, Centros, Akrich or Polish plumber, the conclusion of the conference refers to the phenomena due to the convergence of market forces and legal principles enshrined in the principles of free movement.

Even if some of those phenomena may foster Euro sceptic attitudes, the final conclusion is: „European integration is an extremely positive central aspect of everyday life of every European citizen”.

In addition to the topics on fundamental rights and freedoms, it emerges the issue of the public contracts in the European law.

The debate with legal and economic features, presented by Professor Pierre Nihoul is structured on the principles of competition, transparency and neutrality and it highlights the necessity to take into consideration the social, environmental, ethic and fair concerns on the public markets. In this context, however, it is worth to mention a conclusion. It refers, on one hand, to the fact that the opportunities provided by the legal texts remain limited and, on the other hand, the exercise of public powers does not sufficiently reflect the development of the legal debate.

The contents of the other two conferences are complementary, being focused on the EU democratic legal order, respectively the European judiciary.

The most important issues addressed by Professor Bertrand Mathieu in his conference refer to the legitimacy of the European legal order and to the interrogation on: „European Parliament, a representation of the European citizens?”

We also find the response to those topics or questions in the second part of the presentation concerning the European Parliament which is considered an institution participating in the democratic

functioning of the European Union; thus it becomes „an instrument of embryo for separation of powers”, and its representative function is challenged by other forms of democratic expression.

Professor Thomas Oppermann presents his arguments and the structures triggering the European judiciary. As a cross-national democracy observing the rule of law, the EU needs an independent judiciary system – the third power, the constitutive Treaties legitimate the fact that the EU is a „Union of law”, interpreting and enforcing the European law. The European legislation is mandatory in all Member States.

* *
*
*
*

The texts of the conferences are presented in the volume in chronologic order of their delivery and they observe the full texts proposed by the authors.

Bucharest,
1 July 2010

Prof. Dr. Lucica Matei
Director of EPLO Branch
in Bucharest

Avant-propos

Il y a deux ans, plus précisément le 23 mai 2008, on a ouvert à Bucarest, en présence de son directeur et président du Conseil des Directeurs, le professeur Spyridon Flogaitis, et d'importants officiels roumains et grecs, la succursale de l'Organisation Européenne de Droit Public (OEDP). Organisée par l'École Nationale d'Etudes Politiques et Administratives (ENEPA), par l'entremise de la Faculté d'Administration Publique, l'ouverture de la succursale de l'OEDP à Bucarest a signifié un moment important pour le développement des activités de l'OEDP, marquant l'accomplissement d'une longue collaboration, de plus d'une décennie, d'entre ces deux institutions.

Les formes de coopération, déjà devenues traditionnelles, telles que: les projets européens communs, la participation à l'Académie Européenne de Droit Public, les échanges d'étudiants, de doctorants et d'enseignants, se sont diversifiées. L'une de ces formes de coopération est l'initiative d'inaugurer un cycle de conférences sur des sujets actuels de la construction de l'UE, de la consolidation juridique, administrative et de gestion du projet européen.

Déroulées sous le titre générique "Les Dialogues de l'OEDP à l'ENEPA", les conférences ont bénéficié de la participation des personnalités académiques reconnues représentant les universités européennes les plus prestigieuses. Les Conférences, constituant des événements scientifiques de référence pour le milieu universitaire roumain, ont contribué à la consolidation du prestige de l'OEDP, à une meilleure connaissance et dissémination de ses activités.

Ce volume réunit les textes des premières conférences centrés sur certains concepts et thèmes essentiels de la théorie et de la pratique de la construction de l'Union Européenne à savoir : la normativité, les droits fondamentaux ou l'ordre juridique. Le contenu de ce tome ne se réduit certainement pas à l'analyse de ces concepts et une lecture attentive pourra constater la variété des sujets et des approches.

Ainsi, le premier thème, „La Régulation, une forme moderne de la normativité?” présenté par le professeur Gérard Timsit, analyse, dans la perspective doctrinale, la différence spécifique entre la «régulation» et la «réglementation» sur le fond de la «crise de la normativité traditionnelle» qui évolue vers «une nouvelle normativité sociale». Prenant en considération la complexité des sociétés, l'auteur identifie également une autre crise, celle «du déficit de légitimité» qui est à l'origine du «déficit de la complexité des sociétés et des leurs systèmes de gouvernance».

L'analyse du professeur Timsit, dont les travaux des références essentielles pour l'étude des théories de la science administrative au sein de l'ENEPA souligne la nécessité de nouvelles approches capables de surprendre la complexité des évolutions actuelles. Ainsi, la transformation de l'Etat bureaucratique dans un État stratège réclame une administration reconfigurée, capable de gérer les nouvelles réalités de la société en temps de crise ou d'urgence.

Les problèmes spécifiques des changements des institutions européennes après le Traité de Lisbonne sont abordés par le professeur Jean-Paul Jacqué qui insiste sur „le renforcement de l'efficacité du système institutionnel” de l'UE par le biais de la démocratisation du processus législatif dans le cadre du Conseil, l'extension du champ d'application de la procédure de codécision, etc. L'analyse réalisée dans une perspective comparée entre les dispositions de l'ancienne Constitution de l'UE et celles du Traité de Lisbonne met en évidence la nécessité de la démocratie participative pour la démocratisation du processus législatif au sein du Conseil.

Dans les conclusions de la conférence, l'auteur parle d'un ”espace démocratique ouvert” qui devrait être occupé par des acteurs politiques et citoyens obligés d'abandonner, au cours des élections européennes, le comportement traditionnel, et de s'intéresser aux questions importantes concernant le contenu des politiques de l'UE.

La perspective ouverte par le Traité de Lisbonne quant à la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne a doté l'Union, pour la première fois, d'un ensemble de droits fondamentaux à caractère obligatoire. En corroborant cette réalité avec les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de

l'homme à laquelle l'Union a adhéré, la professeure Helena Raulus essaie de répondre aux questions soulevées par cette nouvelle évolution du projet européen. Dans son intervention, la professeure Raulus a clarifié la signification de ce nouveau système des droits fondamentaux pour l'Union et pour les Etats membres, et du rôle de l'Union européenne dans le renforcement des droits fondamentaux de l'homme par la création d'un nouveau mécanisme de monétarisation des violations de ces droits par les Etats membres.

L'une des conclusions d'une extrême importance pour le thème de ce débat souligne le fait que, dans ce contexte, l'Union n'obtient ni de nouvelles compétences ni de nouvelles tâches relatifs à la protection des droits de l'homme et que les dispositions de la Charte sont destinées aux institutions de l'Union et aux Etats membres lorsqu'ils agissent dans le cadre du domaine d'application du droit de l'Union.

La conférence du professeur Matteo Gnes a abordé le thème de l'intégration juridique en essayant de répondre à cette question : „L'intégration juridique européenne: des nouvelles possibilités pour l'UE et les citoyens non-UE?”.

Fondée sur l'analyse de nombreux cas significatifs - Centros, Akrich ou Polish Plumber-, la conclusion de la conférence met l'accent sur les phénomènes engendrés par la convergence des forces du marché et des principes juridiques consacrés par les principes de la libre circulation.

Même si certaines de ces évolutions peuvent favoriser des attitudes eurosceptiques, la conclusion finale est que „l'intégration européenne est un aspect extrêmement positif, central, de la vie quotidienne de chaque citoyen européen”.

La problématique des contrats publics dans le droit européen apparaît comme étant complémentaire au thème des droits et libertés fondamentaux. L'exposé, avec des accents économique et juridique, présenté par le professeur Pierre Nihoul est centré sur l'analyse des principes de la concurrence, de la transparence et de la neutralité et souligne la nécessité de prendre en compte sur les marchés publics les préoccupations sociales, environnementales, d'éthique. Cependant, une observation s'impose. Elle porte, d'une

part, sur le fait que les possibilités offertes par les textes juridiques restent limitées et, d'autre part, sur la pratique des pouvoirs publics qui ne reflètent pas suffisamment l'évolution du débat juridique.

Les contenus des deux autres conférences sont complémentaires, étant concentrés sur l'ordre juridique démocratique de l'UE, et respectivement sur le système juridique européen.

Les problèmes les plus importants que le professeur Bertrand Mathieu soulève dans sa conférence portent sur la légitimité de l'ordre juridique européen, ainsi que sur les questions relatives au Parlement européen, en essayant de répondre à cette interrogation : „Parlement européen : une représentation des citoyens de l'Europe?”.

La réponse à ces sujets ou questions sera également développée dans la deuxième partie de l'exposé relatif au Parlement européen. Considéré comme une institution fondamentale qui participe au fonctionnement démocratique de l'UE, le Parlement devient "l'instrument d'un embryon de séparation des pouvoirs" et dont la fonction représentative est complétée par d'autres formes d'expression démocratique.

Le professeur Thomas Oppermann présente les structures qui composent le système judiciaire européen. En tant que structure démocratique transnationale qui respecte l'Etat de droit, l'UE a besoin d'un système judiciaire indépendant, en tant que troisième pouvoir. Dans ce sens, les Traités Constitutifs ratifient le fait que l'UE est une „Union de droit” qui interprète et applique le droit européen, la législation européenne étant obligatoire dans tous les Etats membres.

* *

*

Les textes des conférences sont présentés par l'ordre chronologique de leur soutenance. La transcription des exposés respecte intégralement les textes des auteurs.

Bucarest,
Le 1er Juillet 2010

Prof.univ.dr. Lucica Matei
Directeur de la succursale
de l'OEDP à Bucarest

LA RÉGULATION, UNE FORME MODERNE DE LA NORMATIVITÉ?

Gérard TIMSIT

Professeur émérite à
l'Université de Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Les mots ont une grande place dans l'action des hommes – et dans celle des Etats. Un mot, assez récemment apparu dans le vocabulaire politico-administratif français, y occupe désormais une place essentielle, bien qu'il soit difficile d'en apprécier vraiment l'importance – le mot de régulation, distingué de celui de réglementation. Ces deux mots, réglementation et régulation, qui en France, dans le vocabulaire courant, renvoient à des idées et des fonctions différentes n'ont, on le sait, de traduction dans la langue anglaise, que par et sous le même terme de *regulation*. En France, s'il faut en croire les dictionnaires, tandis que la réglementation désigne la fonction d'édiction des règles s'appliquant de manière uniforme à un domaine déterminé, la régulation, elle, désigne un processus destiné à garantir le fonctionnement constant d'un système complexe et qui, pour cette raison, vise à restaurer l'équilibre de ce système lorsqu'il est menacé. On parle ainsi de régulation thermique ou de la régulation d'un système économique... Face aux divergences nées de ce fait que, dans le vocabulaire français courant, l'on distingue entre les deux mots tandis que, dans le vocabulaire juridique, au moins tel qu'il nous est transmis par les pays anglophones, l'on parle beaucoup – surtout depuis la vague (j'allais dire: la mode...) du *New public Management* – que de *regulation*, – ou, à l'inverse, de *deregulation*, un débat s'est donc engagé en France sur la signification du mot régulation et l'autonomie de la chose qu'il désigne: nomme-t-il, oui ou non, une forme, une fonction, de la normativité distincte de celle à laquelle renvoie l'idée de réglementation?

L'examen des positions de la doctrine laisse apparaître qu'il y a deux manières de clore le débat – parfois avant même de l'avoir entamé. La première consiste à prétendre ou laisser entendre que la régulation n'existe pas, qu'elle n'a pas d'existence juridique. Ce que l'on appelle ainsi – vous dit-on, visant alors surtout les modalités nouvelles de l'action publique: actions de recommandation, incitation, persuasion, orientation, concertation etc., toutes actions que l'on regroupe volontiers sous le nom de régulation –, ce que l'on appelle ainsi donc relève simplement, de pratiques administratives sans valeur normative. Le droit est contraignant et sanctionné, rappelle-t-on, ou bien il n'est pas. Toutes ces actions de recommandation, d'incitation ou de persuasion, toutes ces actions de régulation donc, qui n'ont pas de caractère impératif, ne peuvent par conséquent se voir reconnaître de statut juridique. L'on en conclut que la régulation est proprement inconcevable. Inexistante et impensable -inexistante parce qu'impensable. La régulation, dans ces conditions, n'est qu'un non-concept. Elle est un non-objet.

La seconde manière, parfaitement antinomique de la première, consiste au contraire à reconnaître l'existence de la régulation – et à tout y inclure. Position inverse et symétrique de la précédente. Prenant acte de la place que tient la régulation dans la vie publique et hypnotisée par les fonctions qui sont les siennes – assurer un fonctionnement économique équilibré de la collectivité, cette position débouche sur le recensement et le regroupement, sous la même dénomination nouvelle de régulation, de toutes les techniques qui y contribuent de quelque manière que ce soit -des plus récemment apparues dans la vie publique: les moins contraignantes et les plus « douces » (les recommandations, incitations etc.... auxquelles on faisait allusion à l'instant), aux plus traditionnelles et les plus classiques de la réglementation « dure » par les voies habituelles de l'injonction et de la prescription imposées par l'autorité hiérarchique.

Deux positions extrêmes: pour l'une, tout est régulation; pour l'autre, rien n'en relève. Deux positions contestables l'une et l'autre: l'une, parce qu'elle nie toute réalité – de fait, la régulation existe et vous l'avez rencontrée; la seconde, parce qu'elle n'est d'aucune utilité – à quoi servirait en effet de regrouper sous une

même dénomination des objets hétérogènes si c'est seulement pour en décrire les fonctions communes de manière si vague que l'on n'en pourrait finalement tirer aucune conclusion théorique ni pratique, ni réussir à déterminer ou définir la structure de chacun des objets qui constituent la catégorie...

On voudrait ici rouvrir le débat – et soutenir, contre ces positions extrêmes, que la régulation est une des formes –une forme nouvelle et autonome, une forme moderne– de la normativité: elle est la réponse que prétendent apporter les sociétés contemporaines au problème de la normativité sociale – essentiellement aux problèmes que posent à nos sociétés les deux sortes de crises qui affectent le plus fondamentalement leur fonctionnement – au-delà même des crises financières, économiques ou sociales qu'elles traversent aujourd'hui et qui en sont la conséquence. Deux sortes de crises fondamentales – où d'ailleurs l'on retrouvera l'origine des crises financières, économiques ou sociales que nous connaissons et qui n'en sont, d'une manière ou d'une autre, que la conséquence: celles du déficit de légitimité et de la croissante complexité des systèmes assurant la gestion de nos sociétés.

1. Le déficit de légitimité.

Je voudrais m'interroger d'abord sur les origines et manifestations de ce déficit de légitimité affectant les sociétés contemporaines –la crise de la normativité traditionnelle qu'elles subissent-, puis en analyser les conséquences – l'émergence d'une nouvelle normativité destinée à y suppléer.

1. Parler de crise de la normativité suppose qu'il existe un modèle – et qu'il soit remis en cause par des phénomènes qui ne s'inscrivent pas dans la logique du modèle.

A. En fait de modèle normatif, les sociétés contemporaines en ont connu deux, le marché et l'Etat, qui – implicites et théorisés l'un et l'autre dans d'autres perspectives que celles de l'analyse du fonctionnement de la normativité – n'ont jamais fait l'objet, sur ce plan, d'une formulation systématique. Ils renvoient cependant à des figures parfaitement reconnaissables et massivement présentes dans les réalités empiriques de nos sociétés. Ces deux modèles sont

de structure opposée. Ils ont cependant en commun des traits sur lesquels il faut d'abord insister.

Deux traits leur sont communs. D'une part – du point de vue de leur processus de fonctionnement –, la rationalité de leur organisation: la rationalité bureaucratique, théorisée par Weber pour l'Etat; la rationalité du décideur, symbolisée par l'*homo oeconomicus* et conceptualisée par la théorie de l'économie concurrentielle, pour le marché. D'autre part – du point de vue des résultats obtenus par l'organisation –, l'espèce d'optimum de satisfaction auquel parviennent de telles organisations dans les relations entre leurs membres – et dont témoignent la place de la notion d'intérêt général dans la théorie de l'Etat et celle, symétrique, de la notion d'équilibre général dans la théorie du marché.

Au delà de ces homologies, des oppositions irréductibles surgissent. S'agissant d'assurer dans l'un et l'autre modèle la coordination des comportements de l'ensemble de la collectivité, ce sont deux types de normativité entièrement différents qui sont à l'oeuvre selon les modèles. Dans l'un, celui du marché, c'est une normativité essentiellement spontanée qui régit le fonctionnement de la collectivité: elle résulte d'automatismes dont l'origine réside dans les prix du marché (sur des marchés concurrentiels). Elle «met en scène un individu effectuant un choix rationnel entre des options dont il peut évaluer les conséquences au regard de son utilité individuelle»¹. Dans ce modèle, chacun des individus membres du groupe devient alors le partenaire de tous les autres et adopte de lui-même un certain type de comportement en vertu d'une libre décision de sa part résultant de l'appréciation rationnelle qu'il porte sur les mécanismes en jeu et les effets qu'ils produisent pour chacun d'entre ceux constituant le groupe. Le second type de normativité, celui de l'Etat, renvoie au contraire à une normativité imposée. Elle met en scène cette fois «une société dont les membres partagent des représentations collectives et sont tenus de prendre en compte des normes sociales et des normes de

¹ O. Favereau, La procéduralisation du droit et la théorie économique, in: Ph. Coppens et J. Lenoble (sous la direction de), *Démocratie et procéduralisation*, (Bruylant, Bruxelles, 2000), p. 158.

conduite dans leurs agissements». Alors que dans le premier modèle, les phénomènes collectifs sont appréhendés comme «le résultat inintentionnel de l'agrégation de décisions individuelles »², dans le second, la convergence des comportements résulte de l'existence de règles produites par le seul décideur suprême placé au sommet de l'organisation. La rationalité et l'optimalité du fonctionnement de l'organisation sont cependant assurées dans les deux modèles -dans le premier, par le fait que, de la convergence des intérêts individuels, découle automatiquement l'intérêt de tous; dans le second, par ceci que la sauvegarde imposée de l'intérêt général garantit au mieux la préservation de l'intérêt de chacun. Il en résulte des structures de coordination des comportements collectifs elles-mêmes très différentes: dans un cas, celui de l'Etat, une institution centralisée, pyramidale et hiérarchique de type « *command and control* » – on en trouve l'expression canonique dans la bureaucratie weberienne; dans l'autre, en raison du sort fait aux individus et de la liberté d'ajustement des situations qui leur est abandonnée, un mécanisme totalement automatique et décentralisé, caractéristique du marché libéral.

B. Ce sont là les deux versions de la normativité traditionnelle: une normativité spontanée; une normativité imposée. Deux versions «idéales» de la réalité, tout aussi extrêmes l'une que l'autre. Extrêmes, d'abord, par l'exogénéité absolue des mécanismes qu'elles prévoient: le mécanisme des prix dans le modèle du marché; le mécanisme des règles dans le modèle de l'Etat -deux mécanismes sur lesquels les membres de la collectivité n'ont pas de prise directe: l'un parce qu'il est imposé à tous, le mécanisme des règles; l'autre parce qu'il échappe à tous, le mécanisme des prix. Ces deux versions sont également extrêmes par la rationalité totale qu'elles assignent à la normativité et l'équilibre optimal auquel elles prétendent atteindre dans la satisfaction des membres de la collectivité. Procédant par inversion de signes – renversement et opposition de leurs caractères structurels –, ces deux versions de la normativité maintiennent cependant intégralement la fonction d'optimisation qui constitue leur raison d'être.

² Ibid.

Mais, versions idéales de la réalité, elles en sont par là même une représentation inadéquate et faussée en ce qu'elles ne savent prendre en compte ni l'une les défaillances flagrantes du marché au regard des lois de la concurrence qui devraient le régir: ententes, concentrations, abus de position dominante etc., ni l'autre les déficiences de la hiérarchie étatique et son impuissance à corriger par les moyens de la réglementation classique et pour sauvegarder l'intérêt général les excès ou déviations auxquelles donne lieu le fonctionnement du marché. Les oppositions sur lesquelles elles sont construites dissimulent d'ailleurs assez mal la manière dont déjà la normativité bureaucratique – celle du droit de l'Etat: un droit impératif, général et impersonnel – se voulait un remède aux défauts de la normativité automatique du marché: la rationalité, l'efficacité et l'optimalité du système de coordination des comportements collectifs par les prix ne sont en effet garantis que sous la condition parfaitement irréaliste d'un marché strictement concurrentiel où existent un équilibre, une symétrie et une simultanéité parfaites dans l'information des partenaires: hypothèse irréaliste. C'est cette double inadéquation fondamentale des modèles traditionnels à la réalité que l'on désigne sous le nom de crises de la normativité – auxquelles prétend remédier la nouvelle normativité en cours d'émergence.

2. Une nouvelle normativité sociale – qui se manifeste en effet désormais au travers de phénomènes – ce sont eux que l'on appelle «la régulation» – extrêmement divers mais qui ont tous en commun de vouloir substituer, et pour combattre leurs défaillances, à la normativité spontanée du marché et à la normativité imposée de l'Etat, une normativité dialoguée – une normativité qui, fondée sur le dialogue de ceux et avec ceux auxquels elle est destinée, puisse retrouver et réinventer sa légitimité face à ceux, et parfois avec ceux-là mêmes qu'elle prétend régir.

Le dialogue, c'est le dialogue nécessaire à la production d'une norme qui ne soit pas le résultat de mécanismes invisibles et aveugles à l'intérêt général, ni ignorants de l'intérêt de chacun; un dialogue qui, de surcroît, s'établisse avec tous ceux que doit régir

la norme et sans que l'un ou l'autre des acteurs ou interlocuteurs impliqués puisse s'y trouver placé en position dominante dans le processus d'élaboration normative – à l'opposé du monologue de l'Etat auquel, en dépit des arrangements et faux-semblants de la représentation et de la participation, se réduit trop souvent la normativité hiérarchique classique, et en même temps éloigné des désordres du marché. La quadrature du cercle, apparemment. Pour que s'instaure un dialogue, et de cette nature, l'on a assisté à un double effort.

D'abord, un effort de réinvention de l'Etat. Il s'est fait sous deux formes. L'une, la plus neuve et la plus spectaculaire -la plus générale aussi: elle s'inscrivait dans un mouvement commun à l'ensemble du monde occidental – a consisté à réduire ses dimensions: réduction du périmètre étatique par les privatisations, dénationalisations et autres mesures de libéralisation, déréglementation ou mise en concurrence. Il s'agissait évidemment, par de telles mesures, non seulement de restaurer l'efficacité de l'Etat en le modernisant, mais aussi, pour reprendre la juste formule de Michel Crozier, de le rendre plus «modeste» et d'éviter qu'à cause de son poids et de ses dimensions, et de son arrogance, sa voix n'en vienne à couvrir celle des autres interlocuteurs associés à la réflexion sur le devenir du corps social.

L'autre forme de la réinvention de l'Etat a consisté -et elle a coïncidé, dans le temps, presque exactement avec la première- en la création et la multiplication, pour mener des actions publiques, de ce qu'en France l'on appelle des autorités administratives indépendantes. Inutile d'insister sur ce phénomène, lui aussi largement commun à l'ensemble du monde occidental. Il faut simplement noter ici l'un de ses objectifs évidents. L'indépendance plus ou moins réelle des A.A.I. a pour fonction manifeste, de la part de ces autorités, en en faisant des interlocuteurs autonomes à côté de l'Etat, de permettre que celui-ci ne soit plus seul en mesure de dicter sa loi dans les secteurs concernés de l'action publique: ainsi peuvent-elles garantir que les marchés, grâce à leurs actions et à la surveillance qu'elles exercent, restent à l'abri

d'interventions abusives d'une instance qui, dépositaire de la puissance publique et souvent encore actionnaire majoritaire ou le plus puissant de l'opérateur historique, pourrait y exercer une influence dominante sinon exclusive.

L'organisation du dialogue normatif s'analyse, d'autre part, en un effort de promotion, face à l'Etat, de la société civile. Il s'agit alors de ne plus laisser à l'Etat et ses institutions, même périphériques, le monopole de la représentation de la collectivité. Sans doute n'est-ce pas d'hier que les partenaires civils de la puissance publique sont associés, au moins par les procédures de la consultation et de la concertation, aux processus d'élaboration des normes. Mais désormais et systématiquement, les O.N.G., les associations de citoyens, de consommateurs ou de producteurs, les entreprises privées elles-mêmes en tant que telles, et parce qu'elles tiennent une place essentielle dans le secteur économique où elles agissent, se trouvent intégrées non seulement, comme c'était déjà le cas, dans les processus d'élaboration normative, mais aussi, qui est radicalement nouveau, dans les processus d'édiction et de mise en œuvre des normes ainsi élaborées. Ainsi le sont-elles soit sous la forme, à laquelle on commence à s'habituer, de la co-régulation – puissance publique et partenaires de la société civile s'associant encore, dans des proportions variables, dans le processus normateur –, soit sous la forme radicalement neuve au regard des standards traditionnels de la production normative, de l'auto-régulation – celle-ci désignant alors le fait pour des acteurs du secteur privé (entreprises, associations etc.) de s'engager à respecter les dispositions qu'ils ont eux-mêmes, seuls, élaborées et réunies en codes de conduite ou de bonnes pratiques ou en recueils de normes de certification, sans intervention de la puissance publique.

On conçoit que les normes ainsi produites présentent quelque originalité. C'est cette originalité que l'on voudrait mettre en lumière maintenant et qui permet de répondre au défi de la complexité croissante des sociétés modernes.

II. La complexité des sociétés

Une autre crise que celle du déficit de légitimité: la crise née du défi de la complexité des sociétés et de leur système de gouvernance. Un défi d'autant plus difficile à relever que la source de la complexité des systèmes sociaux et des organisations qui les gèrent tient à ce que ce sont des collectivités humaines avant d'être des ensembles mécaniques. Aussi parce que ces sociétés, emportées par le phénomène de la mondialisation, connaissent une diversification croissante et extraordinairement rapide – foudroyante, parfois.

Or, face à ce défi de la complexité, nos sociétés vivent encore trop souvent, parfois un peu paresseusement, trop exclusivement surtout, sur des principes et des modèles anciens – des principes et des modèles qu'il peut apparaître nécessaire de dépasser – dépasser, et non abandonner, car ils ont encore leur utilité. Quels principes, quels modèles? Essentiellement le principe d'impersonnalité et le modèle d'administration bureaucratique dont Weber a fait la théorie. Ce principe et ce modèle, qui sont certes d'une importance essentielle pour le fonctionnement des Etats modernes, ont été pensés, il faut en être conscient, pour des organisations simples et stables – des organisations qui, pour agir, n'ont besoin que de répéter indéfiniment les mêmes gestes – les répéter dans le temps: leur action est prévisible (*calculable*, dit Weber.); les reproduire dans l'espace: leur gestion est uniforme et s'opère selon les critères d'une rationalité purement causale et scientifique – c'est la technicité dont on les crédite. Or les situations complexes que rencontrent les administrations modernes exigent exactement le contraire – une invention de l'action au coup par coup: de la réactivité (*responsiveness*, dit-on, n'est-ce pas? ou encore: *responsive governance*) – pas seulement des réactions *ex post*, mais des initiatives *ex ante*: passage de la précaution à la prévention, de la reddition de compte à l'ingérence³; – et la

³ G. Timsit, La Gestion de la Diversité dans les Pays Européens, United Nations Expert Group Meeting on *Managing diversity* in the Civil Service, United Nations Headquarters, New York, 3-4 May 2001.

renonciation au mythe d'une rationalité scientifique au nom de laquelle pourraient être traités – sur le mode causal, croit-on – les phénomènes de crise et les situations d'urgence auxquels est confrontée l'administration. Ce qu'Ulrich Beck⁴ relève de «l'étrange mélange entre nature et société» – «la figure hybride du nuage radioactif, cette instance de la civilisation transformée en puissance naturelle»⁵ – fait désormais apparaître en pleine lumière la dramatique inadéquation de l'Etat traditionnel aux nécessités contemporaines de l'action publique. D'où la nécessité de nouvelles mutations en vue d'une meilleure maîtrise de la complexité. Une mutation en deux phases.

1. La première consiste à entreprendre de transformer l'Etat bureaucratique en un Etat stratège – un Etat dont, alors, les lignes de réforme doivent s'analyser essentiellement autour des thèmes suivants: recentrage des administrations centrales sur les fonctions de connaissance et de conception en vue de la préparation des décisions stratégiques; décentralisation des administrations territoriales; délégations et autres formes d'«agencification» destinées à débarrasser le stratège des tâches d'exécution qui ne sont pas les siennes etc.... Cette première mutation peut, cependant, n'apparaître à beaucoup d'égards, et dans un certain nombre des pays qui l'ont adoptée, que comme l'un des avatars les plus récents du *New Public Management*. En vérité, pour que cette mutation puisse acquérir désormais une signification autre que purement managériale, l'Etat stratège ne doit pas être, comme on le croit trop volontiers, un Etat seulement en charge d'une «fonction de gestion rationnelle» ou de la «définition d'un programme gouvernemental» qu'il faudrait ensuite mettre en œuvre grâce à des outils comme le «*frame budgetin*» – la définition de plafonds de dépenses, ou autres techniques du même type⁶...

⁴ U. Beck, *La société du risque, Sur la voie d'une autre modernité*, Aubier 2001, p. 59.

⁵ Ibid. p. 16.

⁶ Tiili, Mina (2007), La direction politique stratégique: étude de l'évolution qualitative de la fonction de ministre suite aux réformes du Nouveau Management Public, *Revue internationale des sciences administratives*, vol. 73 (1): 87-102.

L'Etat stratège, si l'on veut en faire une réponse effective et efficace au défi de la complexité des sociétés, devrait être un Etat qui, parce qu'il a en effet des comptes à rendre à la collectivité devant laquelle il est responsable, doit aussi prendre la charge de l'élaboration des décisions stratégiques qu'implique le fait qu'il est responsable de cette collectivité. L'Etat stratège, ce n'est donc pas seulement de nouvelles structures pour l'action; c'est aussi un autre modèle de traitement des décisions: la substitution d'un modèle de partage de la décision au modèle de pilotage de la décision qui prévalait jusque là. Cette idée de partage, étendue à l'ensemble du processus décisionnel, s'ancre dans le constat d'un décalage croissant, aujourd'hui, entre le quasi-monopole de la décision détenu par des organismes publics – alors même que ces organismes s'autonomisent à l'égard du pouvoir politique⁷ – et la diffusion de l'expertise et de la connaissance au sein de l'ensemble des prestataires de services relevant tant du secteur public que du secteur privé. Consacrant ce fait désormais généralement reconnu que « la politique générale est (...) le fruit d'innombrables petites décisions », elle admet ainsi que l'on ne peut plus « séparer la stratégie de la mise en œuvre, ou de façon plus générale, la conception de l'exécution: ceux qui exécutent les ordres savent ou ont appris en effet non seulement comment effectuer les tâches mais également à distinguer quelles tâches méritent d'être entreprises» (Sabel: 2001, 151). La stratégie prend alors une nouvelle dimension. Renonçant au schéma mécaniste, décisionniste et jacobin, elle intègre dans son analyse du processus politico-administratif le phénomène humain de la dispersion du pouvoir au sein du corps social.

2. Et c'est précisément ce phénomène qu'intègre désormais, et que mène au bout de sa logique, l'idée de régulation – celle d'une autre forme de la normativité, distincte de la normativité classique imposée par l'Etat ou encore de la normativité spontanée du marché. Cette idée, qui doit permettre de passer de la standardisation à la différenciation de l'action administrative, s'analyse alors en une «dé-

⁷ En prenant, en France, la forme des autorités administratives indépendantes.

rigidification», une « mobilisation », de l'administration – mobilisation au double sens du terme: rendre plus mobile, moins statique; mais aussi diriger l'action tout entière vers le but à atteindre: la résolution de problèmes complexes ou le traitement de situations d'urgence. Dans cette perspective, deux points doivent être considérés. D'abord, ce fait que tandis que l'administration classique se caractérise par le traitement uniforme des situations qui lui sont soumises, l'administration reconfigurée pour faire face aux périodes difficiles et aux situations complexes doit au contraire assumer la diversité concrète, la singularité profonde, des situations qu'elle doit régir. Ainsi, alors que l'administration classique, bureaucratique, se consacre, et ne peut, en vertu du principe d'égalité traditionnellement conçu, que se tenir à la mise en œuvre standardisée de la loi dans toutes les situations individuelles «couvertes»⁸ par la norme générale –situations dont la similitude résulte de ce qu'elles remplissent toutes les mêmes conditions –, l'administration reconfigurée, elle, procède à la mise en œuvre de politiques individualisées, contextualisées en fonction des situations de crises ou de risques spécifiques à traiter dont chacune diffère de toutes les autres et entre lesquelles n'existe d'autre élément commun que le concours qu'apporte leur traitement au but collectif poursuivi – l'utilité commune seule imposée par la norme générale. Au lieu que celle-ci énonce alors un principe abstrait qui donne lieu à exécution individuelle et impersonnelle, elle indique une orientation qui donne lieu à déclinaison au cas par cas. Jamais, en effet, dans la réalité, en raison de l'infinie diversité des situations concrètes, une situation ne peut être parfaitement identique à une autre. L'inégalité est inscrite au cœur de la réalité. Et c'est cette inégalité fondamentale, structurelle, que prend en compte l'administration pour traiter des réalités empiriques des sociétés en période de crise ou d'urgence. Inversion du mode de traitement des réalités. Là où l'administration classique postulait, au départ, une égalité des situations en en définissant abstraitement les conditions auxquelles elles pourraient être traitées également, quitte à traiter ensuite différemment les situations ne remplissant pas ces conditions, l'administration reconfigurée, elle, reconnaît et pose d'emblée

⁸ C'est-à-dire: répondant aux conditions posées pour son application.

l'inégalité réelle des situations – pour, à l'inverse, y porter remède par des mesures individuelles et concrètes adoptées, éventuellement, en dérogation du principe d'égalité formelle. L'administration classique part donc d'une situation d'égalité présumée pour, une fois confrontée à la réalité, déboucher sur une inégalité – consacrée. L'administration reconfigurée accomplit le chemin inverse: d'une inégalité préconçue à une égalité –engendrée. Ainsi, la mise en œuvre du principe d'égalité n'est-elle plus exclusive de l'admission de dérogations. Le pouvoir de dérogation – de discrimination – est au contraire partie intégrante du principe d'égalité⁹. Il devient alors la condition de l'exacte appropriation de la norme générale aux situations concrètes qu'elle doit régir, et par conséquent – au delà d'une uniformité mécaniquement imposée – de sa véritable universalité: décentralisation de la décision. Décentralisation en effet. Mais pas seulement, et pas au sens classique du terme. Contextualisation, aussi, de la normativité nouvelle – que l'on oppose à la conditionnalisation de la normativité classique.

La deuxième réforme visant à «dérigidifier» et rendre plus mobile l'administration en vue de lui permettre d'affronter mieux les situations difficiles porte sur ce que, depuis Montesquieu, l'on a l'habitude d'appeler la «fixité» de la loi – ce que l'on traduit aujourd'hui par sécurité: la sécurité, juridique en particulier, que l'administration a charge d'instaurer et garantir face à des activités ou des secteurs: financier, énergétique, audiovisuel... caractérisés par ce fait important, et que l'on perçoit mieux aujourd'hui, qu'«ils ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes»¹⁰ En vérité, peu de secteurs, si tant est qu'il en existe, peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes. Mais face à de telles situations et de tels secteurs, et dans la logique d'équilibres toujours menacés, et par conséquent toujours à restaurer, l'administration doit pouvoir se livrer à une appréciation des situations au cas par cas. Ce qui, pour cette nouvelle raison, place ce type d'administration à l'exact

⁹ Et c'est peut-être cette intégration de la dérogation même à l'égalité que veulent signifier les expressions utilisées dans le monde anglo-saxon de discrimination positive, et dans la langue française, de discrimination justifiée.

¹⁰ M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*, p. 613.

opposé de l'administration classique, impersonnelle, qui ne peut traiter que de catégories générales et les traiter uniformément. Il est cependant évident que l'administration reconfigurée ne peut pas renoncer à la sécurité qu'elle doit offrir à ceux qui lui sont assujettis: c'est ce qui explique qu'elle doive avoir recours à des principes qui, n'en constituant pas des substituts, sont cependant destinés à l'assurer par d'autres voies. Au lieu de la fixité, la mutabilité – une mutabilité surveillée: une «vigilance vertueuse», a-t-on pu dire¹¹. C'est là la signification de l'insistance que met, entre autres, l'administration nouvelle à invoquer deux principes qui, certes, ne sont pas nouveaux, mais dont l'association et la fréquence d'utilisation sont la marque: le principe d'impartialité (avec son cortège d'exigences relatives à la transparence, la publicité, la motivation.. qui sont autant d'«accroches» possibles d'éventuels contrôles juridictionnels)¹², et le principe de proportionnalité – traduction juridique privilégiée de ce qu'en anglais l'on appelle «*monitoring*» – et qui évoque, au delà de la surveillance et de l'enquête, un ajustement constant aux particularités des situations individuelles. Deux principes qui relèvent de ce que, dans la lignée de certaines analyses, l'on pourrait peut-être nommer des «concepts relationnels» – relationnels en ce qu'ils prétendent organiser au plus près les relations entre les membres du groupe social – au lieu de régir – de loin – des personnes ou de prescrire – en gros – des quantités...

Je posais une question au début de cette conférence: la régulation est-elle une forme moderne de la normativité? Est-elle celle des formes de la normativité la mieux à même de répondre aux défis auxquels sont confrontées les sociétés contemporaines?

Ma réponse doit donc être, me semble-t-il, oui, et même – à cause, à la fois 1°) des crises nées des problèmes du déficit de légitimité, et 2°) de la nécessité de maîtriser la complexité de nos sociétés – deux fois oui.

¹¹ Pettit, Ph. *op. cit.*, p. 336.

¹² Voir sur ce point les analyses sur la « pathologie » de la régulation, in: G. Timsit, Les deux corps du droit, Essai sur la notion de régulation, *R.F.A.P.* 1996, n° 78, p. 393.

**EUROPEAN LEGAL INTEGRATION:
NEW POSSIBILITIES FOR EU
AND NON-EU CITIZENS?***

Prof. Dr. Matteo GNES
University of Urbino „Carlo
Bo”, Italy

Outline

1. Introduction
2. The establishment of the European internal market and the principle of mutual recognition
3. New rights and possibilities: choosing the law
 - 3.1. The Centros Case
 - 3.2. New possibilities for European citizens: the case of health and social tourism
 - 3.3. The free movement of third country nationals: the Akrich case
 - 3.4. Choosing the law: theoretical problems
 - 3.5. Limits and reactions
4. Fears and national reactions: the Polish plumber case
5. Conclusions
6. Selected bibliography

* Revised text of the lecture given at the *National School of Political Studies and Public Administration*, Bucharest, 12 December 2008.

1. Introduction

In 1965, a few years after the establishment of the European Economic Community (EEC), Mr. Bonsignore, an Italian national who resided and worked in Germany, accidentally caused the death of his brother by his careless handling of a firearm which he unlawfully detained. Because of the fact he was unlawfully in possession of a firearm, the relevant criminal court sentenced him to a fine for an offence against the firearms legislation. The court also found him guilty of causing death by negligence but imposed no punishment on this count, considering that no purpose would be served thereby in view of the circumstances, notably the mental suffering caused to the individual concerned as a result of the consequences of his carelessness. Following the criminal conviction the German aliens authority (*Ausländerbehörde*) ordered Mr. Bonsignore to be deported in accordance with the aliens law (*Ausländergesetz*) of 28 April 1965, in conjunction with the law on the entry and residence of nationals of member states of the European Economic Community of 22 July 1969, which was adopted in order to implement European directive n. 64/221 in the Federal Republic of Germany.

The *Verwaltungsgericht*, which heard the appeal against this decision, considered that by reason of the particular circumstances of the case, the deportation could not be justified on grounds of a „special preventive nature” based either on the facts which had given rise to the criminal conviction or on the present and foreseeable conduct of the plaintiff in the main action. According to that Court, the only possible justification for the measure adopted would be the reasons of a „general preventive nature”, which were emphasized by the *Ausländerbehörde* and were based on the deterrent effect which the deportation of an alien found in illegal possession of a firearm would have in immigrant circles having regard to the resurgence of violence in the large urban centers. As the national legislation was enacted in order to implement a European directive, the Court decided that it was necessary to request the European Court of Justice (ECJ) to give an interpretation of the relevant provisions of that directive, in order

to ensure that national law would be applied in accordance with the requirements of Community law.

The European Court of Justice (judgment of 26 February 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore v Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, case 67-74) indeed, declared that, according to article 3 of Directive n. 64/221/EEC (now repealed by Directive n. 38/2004) „prevents the deportation of a national of a member state if such deportation is ordered for the purpose of deterring other aliens”.

The judgment of the European Court of Justice is relevant for both social and legal reasons. First of all, because it shows how reciprocal fears are, and probably will continue to be, an important characteristic of European integration, that required, requires and will require political, legislative and judicial intervention. For example, as Germans and Belgians feared the immigration of Italians in the Sixties and Seventies, now Italians fear the immigration of Romanians. Secondly, because it underlines the supremacy of European law over national law in the field of migration of European nationals and how the European supranational judge has worked in order create a common area where European foreigners could move freely, without being discriminated or deported for the purpose of deterring other aliens.

The aim of this lecture is twofold: first of all, it will focus on the possibilities for people to move between European Union countries; secondly, on the legal mechanisms and consequences of such opportunities.

2. The establishment of the European internal market and the principle of mutual recognition

By signing the 1951 and 1957 Treaties, the founding Member States of the European Communities meant to establish an area where goods, workers, services, companies and capitals would be able to move freely.

However, it soon became clear that the European Communities were much more than a simple free trade area or an economic union. As the Court of Justice established as early as in 1962 (in the judgment of 16 August 1962, *Van Gend en Loos*, case 26/62)

„the European Economic Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only the Member States but also their nationals. Independently of the legislation of Member States, Community law not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage. These rights arise not only where they are expressly granted by the Treaty but also by reason of obligations which the Treaty imposes in a clearly defined way upon individuals as well as upon the Member States and upon the institutions of the Community”.

Not only the European Communities (and especially the European Economic Community, which later became the European Community and, afterwards, the European Union) were a very special kind of supranational organizations, but even the principles that constituted the internal essence of the common market, the four (and then five or six) freedoms had a very special significance.

In particular, in a period of strong political difficulties regarding the process of European integration (which was accomplished mainly by the establishment of regulations and directives requiring unanimous approval by the Council), the Commission (who had – and still has – the exclusive power to submit legislative proposals to the Council and Parliament) began to use the principle of mutual recognition.

The principle, based on article 28 of the EC Treaty (TEC, now article 34 of the Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU) which provides that «quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States», was firstly stated by the Court of Justice in the judgment of 20 February 1979, *Rewe-Zentral AG v*

Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, case 120/78 (so-called *Cassis de Dijon* case).

The Court of Justice, in a case dealing with a national legislation fixing a minimum alcohol content for alcoholic beverages, established that

„in the absence of common rules, obstacles to movement within the community resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of a product must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer”

and that

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

The judgment of the Court was later explained by the Commission (in the Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in Case 120/78 (*'Cassis de Dijon'*), published in the OJ of 3 October 1980, C256, p. 2) which stated that

“the principles deduced by the Court imply that a Member State may not in principle prohibit the sale in its territory of a product lawfully produced and marketed in another Member State even if the product is produced according to technical or quality requirements which differ from those imposed on its domestic products. Where a product ‘suitably and satisfactorily’ fulfils the legitimate objective of a Member State’s own rules (public safety, protection of the consumer or the environment, etc.), the importing country cannot justify prohibiting its sale in its territory by claiming that the way it fulfils the objective is different from that imposed on domestic products”.

The principle of mutual recognition (and its applications, such as the principle of the country of origin, of functional equivalence, of functional parallelism, etc.) has been progressively applied by the Court of Justice to goods (in the Eighties especially food and beverages), even as concerns their manufacturing, their characteristics and their name and packaging, and progressively to all of the other freedoms.

3. New rights and possibilities: choosing the law

Due to the possibility to choose the country where to settle, to reside, to work and where to manufacture products, Europe is not only and not any more just a market for economic activities. Indeed, it is a field where countries and public administrations are encouraged to compete against each other, giving rise to the mechanism that Charles Tiebout defined as «voting by foot».

Law shopping or *regulatory competition* are phenomena that now characterize not only the European economic activities, but also the field more linked to the personal sphere. For example, as it is happening on the United States, it will soon become possible to choose the country where to celebrate gay marriages (as it is now allowed in Spain) and having it recognized by the home country.

National and European laws interact with each other, thus enhancing the possibilities for individuals and companies to find the most favourable legal environment, or, eventually, to attract the laws of another Member State in their own country. For example a company may choose to establish his seat in the country with the lowest tax rate (as in the *Centros* case); an individual may find the way to be treated in the best public health service, having it paid by its own national health service (as in the health and social tourism cases); and even a third country national may find the way to have European law applied to its specific situation in place of the national law of the European country where he wishes to settle, even if he is a „third country” national (as in the *Akrich* case).

The possibility to „choose the most favourable law” rises many problems: (a) how does this tool work? (b) is it a tool typical of the European Union or is it common to other legal orders (supranational? federal? international)? (c) are there limits to choosing the most favourable law? (d) do national legal orders react? does this phenomenon create a competition between national legal systems?

In order to understand this phenomenon, three different cases will be discussed, and, then, the main theoretical problems will be pointed out.

3.1. The Centros Case

An important example of the possibility of choosing the most favorable law may be found in the field of the free movement of companies: the *Centros* case.

On May 1992, Mr and Mrs Bryde, Danish nationals residing in Denmark, formed the company „Centros” in the United Kingdom, for the purpose of avoiding Danish legislation requiring that a minimum amount of share capital be paid up. However, the Danish Department of Trade refused to register a branch of Centros in Denmark, on the grounds, inter alia, that Centros, which did not trade in the United Kingdom, was in fact seeking to establish in Denmark, not a branch, but a principal establishment, by

circumventing the national rules concerning, in particular, the paying-up of minimum capital.

Centros brought an action before the Østre Landsret against the refusal of the Board to effect that registration. The Østre Landsret upheld the arguments of the Board in a judgment of 8 September 1995, whereupon Centros appealed to the Højesteret. The latter judge referred a question to the Court of Justice concerning the interpretation of the relevant articles of the EC Treaty, in order to ascertain if it was contrary to the EC Treaty for a Member State to refuse to register a branch of a company formed in accordance with the legislation of another Member State in which it has its registered office but where it does not carry on any business when the purpose of the branch is to enable the company concerned to carry on its entire business in the State in which that branch is to be set up, while avoiding the formation of a company in that State, thus evading application of the rules governing the formation of companies which are, in that State, more restrictive so far as minimum paid-up share capital is concerned.

The Court of Justice (judgment of the Court of 9 March 1999, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, case C-212/97) established that

„the fact that a national of a Member State who wishes to set up a company chooses to form it in the Member State whose rules of company law seem to him the least restrictive and to set up branches in other Member States cannot, in itself, constitute an abuse of the right of establishment. The right to form a company in accordance with the law of a Member State and to set up branches in other Member States is inherent in the exercise, in a single market, of the freedom of establishment guaranteed by the Treaty” (§ 27),

although it may be possible for Member States, on a case by case basis, to prevent the abuse of EC law:

„the national courts may, case by case, take account - on the basis of objective evidence – of abuse or fraudulent conduct on the part of the persons concerned in order, where appropriate, to deny them the benefit of the provisions of Community law on which they seek to rely, they must nevertheless assess such conduct in the light of the objectives pursued by those provisions” (§ 25).

The *Centros* case, and the subsequent case law of the Court of Justice in the area of the freedom of establishment of companies, raised the idea that choosing the law would be possible also in the European Union, and that a „Delaware case” would be possible also in Europe.

3.2. New possibilities for European citizens: the case of health and social tourism

Due to the evolution of European legislation and especially of the case law of the European Court of Justice (and to the growing acceptance of it by the national courts), European workers and citizens have acquired little by little an increasing number of rights.

The case law of the European Court of Justice created many opportunities for European workers and, then, for European citizens. Some of the most well known cases are those related to „health tourism”, „social tourism”, and so on.

Those are cases of (temporary) migration caused not by the typical migratory reasons (search for a job, family reunification, etc.) but by the search of better health care or of social security benefits (such as the jobseeker allowances) that are provided only by some countries. The scope was clearly underlined by Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer in the case *Müller-Fauré*:

«There is another reason why I believe there would be a relatively high number of patients who, if they could be certain of being reimbursed, would choose to travel to another

*Member State in order to see a specialist. They would be those who, having the means to afford it, would not wish to wait a relatively long time before being seen by a doctor. The patient seeks, with legitimate eagerness, to do everything in his power to look after himself. Let us bear in mind that, as far back as the eighteenth century, Molière was aware of that human tendency since Argan, the main character in his comedy *Le malade imaginaire*, sought to marry his daughter Angélique, irrespective of her wishes, to a doctor in order to ensure for himself treatment for any complaint from which he might ail» (Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer delivered on 22 October 2002, in the case C-385/99, *V.G. Müller-Fauré v Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA and E.E.M. van Riet v Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*).*

European secondary legislation and ECJ case law have shaped and reshaped such cases, opening up new possibilities for migrant citizens, but also providing for some limitation, such as the need of a real link with the country that provides the benefits. It seems that although some new possibilities have been created by the Court of Justice, through an incremental approach, the case law does not suggest (yet) that *all* migrant EU citizens have immediate right to claim *all* benefits in the MS on the same terms as nationals.

In short, the Court of Justice has used the provisions on the European citizenship to grant workers right to work, or even to non workers. Two examples may be given.

The first (case *Collins*) has to do with a dual (US and Irish) citizen, born in the US, who, as part of his college studies, spent one semester in the United Kingdom in 1978 and then returned to the UK in 1980 and 1981, for a stay of approximately 10 months, during which he did part-time and casual work in pubs and bars and in sales. Then he went back to the US, to Africa

and, on 31 May 1998, he returned to the United Kingdom in order to find work there. On 8 June 1998 he claimed a jobseeker's allowance, which was refused by decision of an adjudication officer of 1 July 1998, on the ground that he was not habitually resident in the United Kingdom. Then Mr. Collins appealed to a Social Security Appeal Tribunal, which upheld the refusal, and to the Social Security Commissioner, which referred the case to the Court of Justice.

The Court ruled that

«in view of the establishment of citizenship of the Union and the interpretation in the case-law of the right to equal treatment enjoyed by citizens of the Union, it is no longer possible to exclude from the scope of Article 48(2) of the Treaty – which expresses the fundamental principle of equal treatment, guaranteed by Article 6 of the Treaty – a benefit of a financial nature intended to facilitate access to employment in the labour market of a Member State.

The interpretation of the scope of the principle of equal treatment in relation to access to employment must reflect this development, as compared with the interpretation followed in Lebon and in Case C-278/94 Commission v Belgium» (judgment of the Court of Justice of 23 March 2004, in case C-138/02, Brian Francis Collins vs Secretary of State for Work and Pensions, §§ 61-63).

The Court openly distinguished this case from its previous judgment of 18 June 1987, *Centre public d'aide sociale de Courcelles v Marie-Christine Lebon*.Lebon, case 316/85 (where it was ruled that social advantages apply only to *actual* workers and not to those who move in search of employment), also because of the new provision on European citizenship. Thus, European

citizenship influences the interpretation of Art. 48, then Art. 39 TEC (now Art. 45 TFEU) on the free movement of workers, although Member States have the right to verify that a genuine link exists between the person seeking work and the employment market of the country.

The second example is the case *Trojani*, which deals with the complex relationship between right of residence, working conditions and social security benefits. Mr. Trojani, a French national, went to Belgium in 2000 (after a previous stay in 1972 as a self-employed person in the sales sector), where he resided, without being registered, first at a campsite and then in Brussels. After a stay at a youth hostel, he was given accommodation in a Salvation Army hostel, where in return for board and lodging and some pocket money he did various jobs for about 30 hours a week as part of a personal socio-occupational reintegration program. He then applied for the minimum subsistence allowance (*minimex*), which was refused on the grounds that, firstly, he did not have Belgian nationality and, second, he could not benefit from the application of Regulation n. 1612/68. Mr. Trojani appealed to the *Tribunal du travail* of Bruxelles, which referred the case to the Court of Justice.

The Court ruled that the right to reside according to Art. 18 TEC is not unconditional; that in case of a lawful residence (according to national or European law) the immigrant European citizen enjoys the benefit of the fundamental principle of equal treatment; and that, however, «it remains open to the host Member State to take the view that a national of another Member State who has recourse to social assistance no longer fulfils the conditions of his right of residence. In such a case the host Member State may, within the limits imposed by Community law, take a measure to remove him. However, recourse to the social assistance system by a citizen of the Union may not automatically entail such a measure» (judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 7 September 2004, in case C-456/2002, *Michel Trojani vs. Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, §§ 32, 40, 45).

3.3. The free movement of third country nationals: the Akrich case

An interesting case explains the new opportunities of „choosing the law” that European law may afford even to third country nationals in the area of immigration law (that may be considered the hearth of public law, and of the idea of the national State, as it deals with membership of a national community).

European migration policy is fragmented at different levels: the Protocols appended to the Treaty provide for exception and opting in/out clauses, especially as concerns the United Kingdom, Ireland and Denmark; the Schengen agreement and *acquis* have been transferred into the first pillar, but subject to the above said limitations, and secondary legislation is still far from providing a comprehensive framework, due to lack of agreement on many important aspects.

As concerns family reunification, it is necessary to distinguish between third country nationals that are married (or are relatives) to EU citizens and third country nationals that are married (or are relatives) to third country nationals lawfully resident in the European Union. Indeed, although family reunification is not considered to be a fundamental right falling under the provision of article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR) (see e.g. the judgment of the European Court of Human Rights of 31 January 2006, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer vs. the Netherlands*, application 50435/99, § 39), it is a very important aspect of migration policies (also because it is one of the widest sources of legal immigration) and it is provided by both the regulation concerning the free movement of European workers (article 10 of regulation n. 1612/68, and now article 16.2 of regulation 2004/38) and some specific rules concerning the status of third country immigrants. Article 10 of regulation n. 1612/68 provides that “the following shall, irrespective of their nationality, have the right to install themselves with a worker who is a national of one Member State and who is employed in the territory of another Member State: (a) his spouse and their descendants who are under the age of 21 years or are dependants; (b) dependent relatives in the ascending line of the worker and his spouse. [...]”.

In this field, the Court of Justice gave an extremely important contribution, favoring EU citizens who had some kind of trouble with their own national legislation. After the first attempts of third country nationals to circumvent the limitations set by national legislation, where the Court of Justice found that EC law was not applicable to „merely internal situations” (judgments of 27 October 1982, joined cases 35 & 36/82, *Elestina Esselina Christina Morson and Sewradjie Jhanjan vs. Netherlands*; of 5 June 1997, *Land Nordrhein-Westfalen vs. Kari Uecker and Vera Jacquet vs. Land Nordrhein-Westfalen*, joined cases C-64/96 & C-65/96), in the case *Singh*, concerning an Indian citizen who married a British citizens and lived and worked for a few years in Germany, and their right to family reunification also after the return to the home country, the Court held that European laws

*«require a Member State to grant leave to enter and reside in its territory to the spouse, of whatever nationality, of a national of that State who has gone, with that spouse, to another Member State in order to work there ... and returns to establish himself or herself ... in the territory of the State of which he or she is a national. The spouse must enjoy at least the same rights as would be granted to him or her under Community law if his or her spouse entered and resided in the territory of another Member State» (judgment of the Court of Justice of 7 July 1992, in case C-370/90, *The Queen vs. Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*).*

The *Akrich* case more clearly explains the new possibilities granted to third country nationals married to EU citizens.

In February 1989, Mr. Akrich, a Moroccan citizen, was granted leave to enter the United Kingdom on a one month’s tourist visa; then he applied for a student visa, but his application was refused in July 1989 (and his subsequent appeal was dismissed in August 1990). In June 1990, he was convicted of attempted theft and use of a stolen identity card and, on the basis of a deportation order by

the Secretary of State, he was deported to Algeria (on 2 January 1991). In January 1992 he returned to the United Kingdom, by using a false French identity card, but he was arrested and again deported in June 1992. After one month he clandestinely returned to the United Kingdom, where he resided unlawfully and, on 8 June 1996, he married Mrs. Helina Jazdzewska, a British citizen.

One month after the wedding, he applied for leave to remain as the spouse of a British citizen. However, according to the British legislation, a person who applies for leave to enter the United Kingdom whilst a deportation order is in force against him must be refused leave to enter, even if he might otherwise qualify for leave to enter in some capacity.

As a person who enters the United Kingdom when a deportation order is in force against him is considered to be an illegal entrant and is thus liable to be removed from the United Kingdom, Mr. Akrich was detained (as from the beginning of 1997) and then deported (in August 1997), in accordance with his wishes, to Dublin (Ireland) where his spouse had established since June 1997 and where she has been working since August 1997 and where she found a full-time work in a bank since January 1998.

In January 1998 Mr. Akrich applied for revocation of the deportation order and for entry clearance, as the husband of a British citizen. During an interview by a British official at the embassy in Dublin concerning their stay in Ireland and their intentions, Mr. and Mrs. Akrich declared that they were applying for entry clearance on the basis of the decision of the European Court of Justice in the *Singh* case and that they intended to return to the United Kingdom because they had heard – by solicitors and others in same situation – about the right, conferred by European Union law, to be able to go back to the UK after staying six months in another Member State.

On 21 September 1998 the Secretary of State refused to revoke the deportation order and on 29 September 1998 also the application for entry clearance was refused. The reason of the refusal was the consideration that Mr. and Mrs. Akrich moved to Ireland on a temporary absence deliberately to „manufacture” a

right of residence for Mr. Akrich on his return to the United Kingdom and thus to evade the provisions of the United Kingdom's national legislation.

In October 1998, Mr. Akrich appealed against those two decisions to an Immigration Adjudicator, who decided that, as a matter of law, there had been an effective exercise by Mrs. Akrich of Community rights and that Mr. Akrich did not constitute such a genuine and sufficiently serious threat to public policy as to justify the continuation of the deportation order. Against such a decision, the Secretary of State appealed to the Immigration Appeal Tribunal, which referred the question to the European Court of Justice.

The decision of the Court of Justice seems to uphold Mr. and Mrs. Akrich strategy. Very clearly, Advocate General Gelhoedm, in delivering his opinion in the case Akrich, stated that

„Community law makes it possible for a national of one Member State to install himself in another Member State. A citizen of the Union may have all kinds of reasons for installing himself in another Member State. One such reason may be that another Member State offers him a more favourable legal regime. [...] Community law can have no complaint with such mobility; rather it is precisely the objective of Community law to promote mobility.

The installation of Mr and Mrs Akrich in Ireland must be viewed as a use of EC law for a purpose not contemplated by the EC legislature but which is inherent in EC law. The EC legislature did not intend to create a right that can be used in order to evade national immigration laws but did create a right in favour of a national of a Member State to install himself in another Member State together with his spouse. Installation in that other Member State constitutes the key element of the

freedom given by Community law to nationals of the Union.

In other words, the installation of a worker in another Member State in order to benefit from a more favourable legal system is by its nature not a misuse of Community law” (Opinion of Advocate General Geelhoed delivered on 27 February 2003, in the case C-109/01, Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich, §§ 179-181).

The Court ruled that:

„where the marriage between a national of a Member State and a national of a non-Member State is genuine, the fact that the spouses installed themselves in another Member State in order, on their return to the Member State of which the former is a national, to obtain the benefit of rights conferred by Community law is not relevant to an assessment of their legal situation by the competent authorities of the latter State” (third ruling of the case Akrich)

and that

„where a national of a Member State married to a national of a non-Member State with whom she is living in another Member State returns to the Member State of which she is a national in order to work there as an employed person and, at the time of her return, her spouse does not enjoy the rights provided for in article 10 of regulation No 1612/68 because he has not resided lawfully on the territory of a Member State, the competent authorities of the first-mentioned Member State, in assessing the application by the spouse to enter and remain in that Member State, must none the less have regard to the right to respect for family life under Article 8 of the European Convention

for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome on 4 November 1950, provided that the marriage is genuine” (fourth ruling of the case Akrich).

The *Akrich* case may be read – and it was read in such a way by a certain number of commentators and eventually confirmed by the Court itself in the judgment of 25 July 2008, *Blaise Baheten Metock et al v. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, in case C-127/08) – as the Court opening the doors to the use of European law in order to circumvent the national law, with the only exception of marriages of convenience. According to the judgment of the Court, thus, an „abuse” of EC law would occur only in cases of marriages of convenience, and not in the case where a European citizen, accompanied by his or her partner, migrates to another country – with the aim to come back soon to his or her home country – and works there for a while.

3.4. Choosing the law: theoretical problems

In a very simplified manner it may be said that the traditional theories of law and of international law are based (of course with the exception of monist legal systems) on the dualistic conception of international law: national legal orders are separate and different from each other, and interact with each other through the instruments of international law (treaties etc.).

When citizens (or companies) of a country get in touch with citizens (or companies) of another country in their private relations (e.g. in order to buy goods from a foreign company, or to marry a citizen of another country) the so-called rules of private international law (or conflicts of laws, or choice of law) provide a set of criteria to identify the applicable national law. However, these rules are usually national rules (although sometimes may be based on international agreements) which establish how and which foreign rules will be applied, and which limit the application of foreign rules by the internal public order criteria. For example, countries which do not recognize gay marriages and consider gay marriages to be against the national public order, may not

recognize such relationship although if it is established between one of its citizens and a foreign citizen under the law of another country.

However, globalization and increased economic and legal relationship between national countries have strongly changed the traditional idea of the separation of national systems.

As it has been pointed out by Saskia Sassen

*„Economic globalization denationalizes national economies; in contrast, immigration is renationalizing politics. There is a growing consensus in the community of states to lift border controls for the flow of capital, information, and services and, more broadly, to further globalization. But when it comes to immigrants and refugees, whether in North America, Western Europe, or Japan, the national state claims all its old splendour in asserting its sovereign right to control its borders” (S. Sassen, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, New York, Columbia University press, 1996, p. 59)*

Economic globalization has created a global market which can not be confined in national borders and has a tendency to become global. As a consequence, a global legal order (or dis-order) has arisen, which is characterized by a plurality of sources of law, opening of the national legal borders, development of public arena (S. Cassese) and governance without government (J.E. Stiglitz).

In such a public arena, national laws may circulate from one country to another, from a national or international legal order to another one. It is increasingly possible for phenomena such as „law shopping” or „competition between legal orders” to develop.

In order to provide a simple description of the phenomenon, it will be necessary to describe, firstly, the different notions which are used; secondly, the context of the phenomenon; and, thirdly, the main elements.

As concerns the different notions that are used, it is possible to distinguish between choosing the law, law shopping and competition among rules. *Choosing the law* is the possibility to use the laws (even public laws) of another legal order by moving there or by using other devices. It has a different meaning from the notion of „choice of law” (or private international law rules) as already explained.

Law shopping (or *[regulatory] arbitrage*) is the possibility to use rules or other characteristics of other legal orders by attracting them in the original legal order („shopping”).

Regulatory arbitrage and *competition among rules* (or among jurisdictions) may be the consequence of choosing the law or of law shopping: „regulatory competition can be defined as the process where regulators deliberately set out to provide a more favorable regulatory environment, in order either to promote the competitiveness of domestic industries or to attract more business activity from abroad” (K. Gatsios – P. Holmes).

As concerns the context (area) where such phenomena may develop, it is possible to distinguish between phenomena that develop at the national level, both in unitary States (e.g. tax advantages for activities in certain areas) and in regional or federal countries (e.g. in the US with the so-called Delaware case); at the supra-national level (e.g. EU); and at the global level (e.g. mutual recognition rules established by the WTO; international tax treaty shopping).

The main elements of the „choosing the law” phenomenon are the actors, the differences (of rules, regulations, administrative practice, judicial review) between the legal orders compared and the link between such legal orders (a linkage rule or other instrument that lets interested people to choose the rule or other factor of another legal order).

The actors are usually private parties (such as multinational companies, assisted by international law firms; but also private persons or small companies, as in the *Centros* and *Akrich* cases), that usually are the promoters of the choice of law. States (or international organizations) usually react and act against the

development of such phenomena, but sometimes they may take advantage from the choosing the law phenomenon. Also other actors carry out a very important role: e.g. judges (by defining at the supranational level the limits of the phenomenon, e.g. by establishing if there is an abuse of European or international law), international institutions (e.g. the European Commission, who may act in support of private parties and companies against States), lobbies (who may provide strong influence on the administrations involved) etc.

As concerns the links, it may be underlined that those are stronger in the framework of federal countries and strong supranational organization as the European Union. Indeed, the high level of European integration may be observed taking account of the development of the common market on the basis of the „four freedoms” and comparing them (and their outcome) to the US integration tools.

The US „full faith and credit clause” (Art. IV, I US Const.) provides that

„Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof”

and the „commerce clause” (Art. I, X, n. (2) US Const.) provides that

„No State shall, without the consent of the Congress, lay any imposts or duties on imports or exports, except what may be absolutely necessary for executing its inspection laws: and the net produce of all duties and imposts, laid by any State on imports or exports, shall be for the use of the treasury of the United States; and all such laws shall be subject to the revision and control of the Congress”.

3.5. Limits and reactions

The most important character of the „choosing the law” phenomenon is that it is a lawful activity. At least, it is a lawful activity according to the superior legal order, which is the only system which has the possibility to establish the unlawfulness or abuse of the rules or instruments that permit legal shopping.

This is the main difference with private international law or conflicts of law criteria: according to private international law the national legal order that „imports” rules from another country may decide whether such „shopping” is lawful or not (using the public order criteria). Indeed, when different countries belong to a supranational legal order to which they have transferred part of their competences (as in the case of the United States and the European Union) the superior legal order has the competence to define the possibilities to use certain national rules (or standards, etc.) in another country, according to the free circulation rules or principles (such as the full faith and credit clause in The United States or the free circulation and mutual recognition principles in the European Union).

Thus, it is the judge of the superior legal order that decides whether such „shopping” can be limited (e.g. by applying the limits established by the European Treaties and secondary legislation to the four freedoms, e.g. „on grounds of public morality, public policy or public security” as established by Art. 30 TEC now Art. 36 TFEU) or whether it has been accomplished by abusing the supranational laws.

As concerns the European Union, the Court of Justice has not provided a general definition of abuse of European law, but has established to use a case-by-case approach, e.g. in the judgment of 30 September 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*, case C-167/01, where it held that

„it is contrary to Articles 43 EC and 48 EC for national legislation [...] to impose on the exercise of freedom of secondary establishment in that

State by a company formed in accordance with the law of another Member State certain conditions provided for in domestic company law in respect of company formation relating to minimum capital and directors' liability. The reasons for which the company was formed in that other Member State, and the fact that it carries on its activities exclusively or almost exclusively in the Member State of establishment, do not deprive it of the right to invoke the freedom of establishment guaranteed by the EC Treaty, save where the existence of an abuse is established on a case-by-case basis".

The second most important aspect of the phenomenon is the difference between the legal orders compared: if such a difference disappears, there is no more an interest in choosing the law of another country.

Due to the important consequences that the choice of the most favourable foreign law (or administration) may have, countries may react in order to counteract such strategies. Two main kind of reactions may be envisaged: unilateral reactions and multilateral reactions.

Unilateral reactions may consist in (a) the establishment of limitations (e.g. changing the national legislation in order to limit the possibility of choosing the law or to limit the advantages of that strategy) or (b) engaging in regulatory competition.

Multilateral (or joint reactions) may consist in the establishment of joint policies and regulations. For example, States may sign agreements in order to decrease or eliminate the differences, or in order to strengthen the barriers, increasing multinational cooperation (as in the OECD strategy against tax heavens, with the establishment of black lists of uncooperative countries, etc.).

As concerns the competitive reactions, which may give rise to the so-called regulatory competition, it may be underlined that it usually consists in the modification of national legislation in order to make the national legal environment more convenient and

attractive to foreign investors and companies. The most important example is the Delaware case: as it is published in the official website of that US state, „almost a million business entities have their legal home in Delaware including more than 50% of all U.S. publicly-traded companies and 60% of the Fortune 500. Businesses choose Delaware because we provide a complete package of incorporation services including modern and flexible corporate laws, our highly-respected Court of Chancery, a business-friendly State Government, and the customer service oriented Staff of the Delaware Division of Corporations” (<http://delaware.gov>).

4. Fears and national reactions: the *Polish plumber* case

Migration and choosing the law opportunities have raised a number of fears, such as the idea that opening European markets to “social law shopping”, by establishing a country of origin principle, would create a high risk of social dumping; or that the new enormous European area, created by the enlargement of the EU to the new Eastern European countries, may bring new public security issues.

An example of such fears is given by the „Polish plumber case”.

In January 2004 the European Commission announced it had presented a proposal for what it considered to be the «biggest boost to the Internal Market since its launch in 1993» (as declared by the Internal Market Commissioner, Mr. Frits Bolkestein), that is, the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market. One of the main objectives of the proposal was to provide „a balanced mix of measures involving targeted harmonisation, administrative cooperation, the country of origin principle and encouragement of the development of codes of conduct on certain issues”, with the aim to „implement in practice the country of origin principle, whereby once a service provider is operating legally in one Member State, it can market its services in others without having to comply with further rules in those „host” Member States. Service providers would no longer be subject to a plethora of divergent national regulations, administrative requirements and a duplication

of supervisory controls which raise costs and often dissuade service providers from engaging in cross-border activities". Four articles (from 16 to 19) and a number of recitals dealt specifically with the country of origin principle and its derogations.

However, a strong reaction against the directive was promoted by Euro-sceptics. After a first appearance, in December 2004, in a satiric article by Philippe Val, published in a December 2004 issue of the French satiric newspaper *Charlie Hebdo*, the idea that a Polish plumber and an Estonian architect could move to other European countries in order to offer their services at a cheap price was used by Philippe de Villiers, in an interview appeared on *Le Figaro* of 15 March 2005. According to Mr. de Villiers, the possibility for such workers to provide services in other countries according to the wage and social security provisions of their country of origin would have led to the „*démantèlement*” of the French (and Western European) economic and social model:

„cette affaire est très grave, car la directive Bolkestein permet à un plombier polonais ou à un architecte estonien de proposer ses services en France, au salaire et avec les règles de protection sociale de leur pays d'origine. Sur les 11 millions de personnes actives dans les services, un million d'emplois sont menacés par cette directive. Il s'agit d'un démantèlement de notre modèle économique et social”.

As an ironic answer to that interview, the former Commissioner, Mr. Bolkestein, noted during a press conference he gave in France (and published on *Libération* of 25 April 2005) that he would have hired a Polish plumber due to the difficulties to find a good one for his second house in the countryside of Ramousies, in the Nord-Pas-de Calais. Shortly afterwards, the mayor of the village in which Bolkestein had his second house gave him a list of available plumbers found in the phone book.

A strong debate developed, concerning both the principle of the country of origin and the referendum that had to be taken in some countries in order to ratify the *Treaty establishing a Constitution*

for Europe, signed in Rome on 29 October 2004. The “Polish plumber” became the symbol of wild liberalization and of the invasion of hungry and underpaid workers, willing to work at any hour of day and night in order to earn a few Euro.

Besides a few folkloristic and ironical aspects, such as the printing and diffusion in France, on behalf of the Polish tourist board, of a poster with a seductive image of a Polish plumber, to counter what was perceived as a negative French rhetoric about East European workers and Poland, the issue was extremely important: as it is well known, the debate led to the failure of the referendum on the *Treaty establishing a Constitution for Europe* held in France on 29 May 2005 (where the negative votes have been 54.68%) and in the Netherlands on 1 June 2005 (where negative votes have been 61.6%).

Also the *Bolkenstein directive* proposal was strongly modified, and the principle of the country of origin was replaced by the more general and less effective „freedom to provide services” established by article 16 of the directive n. 2006/123/EC of 12 December 2006, on services in the internal market.

5. Conclusions

In Europe, the convergence of market forces and of the strong legal principles enshrined in the free movement principles have created a phenomenon that, according to the words of an eminent British judge and scholar, may be compared to

*„...when we come to matters with a European element, the Treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back. Parliament has decreed that the Treaty is henceforward to be part of our law ...” (Lord Denning, in case *Bulmer v. Bollinger* (2 All E.R. 1226, 1231 (C.A. 1974))*

or even, as the same author declared a few years later,

*„... no longer is European law an incoming tide flowing up the estuaries of England. It is now like a tidal wave bringing down our sea walls and flowing inland over our fields and houses – to the dismay of all ...” (Lord Denning, in G. Smith, *The European Court of Justice judges or policy makers?*, London, Bruges Group, 1990)*

Although the last few words of the cited sentence reflect the Euro-sceptic view of European integration, there can be no doubt as concerns the incredible degree of integration that, in fifty years, has been achieved between countries divided by centuries of wars and reciprocal fears.

The possibility to move from one country to another, even only to get some advantages from the „target” country (e.g. a professional qualification, or the authorization to sell a pharmaceutical product, or the establishment of the main seat of a company that will operate in the home country), demonstrates how European integration, at least as concerns many important areas, is comparable to that of federal countries, as a comparison with US.

Notwithstanding the lack of a common foreign and defense policy and the reciprocal fears that characterize a large part of national public opinions, European integration is an extremely positive central aspect of everyday life of every European citizen.

6. Selected bibliography

The evolution of the European market is described in any textbook of European Union law. See esp. C. Barnard, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford, Clarendon Press, 2004; M. Poiares Maduro, *We the Court: the European Court of Justice and the European economic constitution: a critical reading of article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

On the mutual recognition principle see esp.: J.H.H. Weiler, *The constitution of the common market place: text and content in the evolution of the free movement of goods*, in *The evolution of EU law*, edited by P.P. Craig & G. de Búrca, Oxford, Oxford

University Press, 1999, pp. 349 ff.; G. Majone, *Mutual recognition in federal type systems*, Florence, EUI, 1993; K.A. Armstrong, *Mutual recognition*, in *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, edited by C. Barnard & J. Scott, Oxford, Hart, 2002, p. 225

The „choosing of law” phenomenon is studied in M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004; *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, edited by A. Zoppini, Roma-Bari, Laterza, 2004; M. Gnes, *Circolazione e globalizzazione del diritto*, in *Global Competition*, 2010, n. 25, pp. 12 ff.

On regulatory competition see J.-M. Sun - J. Pelkmans, *Regulatory competition in the Single market*, in *Journal of common market studies*, 1995, vol. 33, pp. 67 ff.; G. Hertig, *Regulatory competition for EU financial services*, in *Journal of international economic law*, 2000, vol. 3, pp. 349 ff.; S. Woolcock, *Competition among rules in the single European market*, in *International regulatory competition and coordination – perspectives on economic regulation in Europe and the United States*, edited by W. Bratton – J. McCahey – S. Picciotto – C. Scott, Oxford, Clarendon Press, 1996; K. Gatsios – P. Holmes, *Regulatory competition*, in *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, edited by P. Newman, London – New York, Macmillan, 1998, p. 271.

The theory of the competition between (municipal) systems was firstly studied by C.M. Tiebout, *A pure theory of local expenditures*, in *Journal of political economy*, 1956, vol. 64, pp. 416 ff. See also W.E. Oates, *An essay on fiscal federalism*, in *Journal of economic literature*, 1999, vol. 37, pp. 1120 ff.

For a comparison between the European Union and the United States, see D.P. Kommers – M. Waelbroeck, *Legal integration and the free movement of goods: the American and European experience*, in *Integration through law*, edited by M. Cappelletti – M. Seccombe – J. Weiler, Berlin – New York, De Gruyter, 1986, I, 1, p. 165 ff.

L'UNION EUROPEENNE: UN ORDRE JURIDIQUE DEMOCRATIQUE?

Bertrand MATHIEU

Professeur à l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne, France
Directeur du Centre de
recherche de droit
constitutionnel

Poser cette question dans un pays qui vient d'entrer dans l'Union européenne peut paraître provocateur. En fait quelle que soit la réponse qui lui est apportée, il ne s'agit pas de remettre en cause la nécessité de la construction européenne, mais de réfléchir aux apports qui peuvent être ceux d'un Pays nouvellement membre.

Historiquement, il existe un lien étroit entre les concepts d'ordre juridique d'Etat, de Constitution, de démocratie.

Tout d'abord l'Etat est la forme moderne de l'ordre juridique qui se construit autour de l'idée de souveraineté. Le principe de souveraineté comporte deux significations. La première renvoie au titulaire de la souveraineté au sein de l'Etat, c'est à dire celui qui détient le pouvoir initial et fonde la légitimité de son exercice. D'abord théocratique et monarchique cette souveraineté est ensuite reconnue au Peuple. Ainsi le principe démocratique fait du Peuple le titulaire du pouvoir souverain au sein de l'Etat. La seconde signification du principe de souveraineté porte l'affirmation selon laquelle l'autonomie de l'Etat national n'est bornée que par le respect de la souveraineté des autres Etats. En la matière, la construction d'institutions *supranationales*, notamment au plan européen, et le développement de l'idée selon laquelle les Etats sont soumis au respect des droits fondamentaux, conduisent à un dépérissement progressif du principe de souveraineté entendu dans cette seconde acception.

La Constitution est dans ce cadre l'acte qui reconnaît le titulaire de la souveraineté, organise le fonctionnement des pouvoirs et affirme et garantit les droits et devoirs des citoyens. Si l'on admet que la

Constitution est consubstantielle à l'Etat, il convient alors de distinguer une définition matérielle et une définition formelle de la Constitution. Matériellement, la Constitution détermine essentiellement la forme de l'Etat (Etat unitaire, Etat fédéral...), la forme du gouvernement (monarchie, république, démocratie), l'organisation des pouvoirs (chef de l'Etat, parlement, justice...), la répartition des compétences entre ces pouvoirs, et les limites du pouvoir au sein de l'Etat (conditions de la révision constitutionnelle et droits fondamentaux). Du point de vue formel, la Constitution est l'acte écrit qui contient ces différents éléments.

Ces définitions matérielles et formelles sont essentiellement descriptives. On peut également considérer, d'un point de vue normatif, que la Constitution est une norme particulière dotée de caractères spécifiques. En ce sens, la Constitution est une norme qui fixe les conditions d'édiction des autres normes et qui leur confère leur validité.

De ce point de vue, le lien entre Etat et Constitution s'explique par le fait que l'Etat est considéré comme souverain, et donc qu'il a le monopole de l'édiction de règles générales et inconditionnées. Au sein de l'Etat, le titulaire de la souveraineté qu'est le Peuple, dans une démocratie, est l'auteur de la Constitution, norme d'où procèdent à la fois les pouvoirs exercés au sein de l'Etat et les normes qui sont produites.

Au delà du processus avorté d'adoption d'une Constitution européenne, la question de savoir si seul l'Etat peut avoir une Constitution est aujourd'hui posée.

C'est alors une réflexion sur la notion de Constitution dans ses rapports avec l'existence d'un ordre juridique non étatique qui apporte quelques éléments de réponse sur la nature de l'Union européenne.

La définition originelle du terme Constitution dans le champ qui nous intéresse, peut être puisée chez Aristote, selon lequel, la Constitution c'est le gouvernement d'une communauté politique. C'est cet aspect que l'on retiendra ici. Il est donc nécessaire de s'interroger sur le point de savoir si l'Etat constitue la seule forme de communauté politique concevable. On peut répondre négativement. En effet, si l'on admet qu'une communauté politique réunit un

certain nombre d'individus regroupés sur un territoire et dotés d'un système de gouvernement, l'Etat ne serait que la forme moderne de communauté politique. Il convient cependant de ne pas assimiler tout groupe d'individus soumis à certaines règles communes à une communauté politique. Ainsi, une association ou un syndicat ne sont pas une communauté politique, essentiellement parce qu'ils sont soumis au principe de spécialité en ce qui concerne tant leur objet que leur compétence. De la même manière, malgré la prétention de la Cour européenne des droits de l'homme à ériger la Convention de Rome en « instrument constitutionnel de l'ordre public européen » (Cour EDH, Loizidou, 23 mars 1995), cet ordre juridique ne peut être un ordre constitutionnel car il est marqué par le principe de spécialité (essentiellement la protection des droits de l'homme).

La Cour de justice des communautés européennes avait dès 1986 (23 avril, Parti écologiste «Les Verts»), qualifié le Traité de Rome de «Charte constitutionnelle d'une communauté de droit»,¹³.

L'Union européenne est une communauté politique qui se caractérise par l'existence d'une citoyenneté européenne et l'adhésion à des valeurs communes et à un système d'organisation politique, l'Etat de droit. La Communauté s'est vue attribuer des compétences qui relèvent par nature des Etats, des compétences régaliennes, par exemple le fait de battre monnaie et ces abandons de compétences relevant de la souveraineté nationale ont exigé la modification des Constitutions nationales.

¹³ Le double soutien dont bénéficie ce colloque (Association française des constitutionnalistes et Commission pour l'étude des communautés européennes) légitime cette affirmation. Le débat entre constitutionnalistes et communautaristes sur cette question a notamment été engagé au Congrès de la Rochelle (actes publiés sous la direction d'H. Gaudin, *Droit constitutionnel, droit communautaire, Vers un respect réciproque mutuel*, Economica, PUAM, 2001 ; il a été repris lors d'une journée d'études organisée par le CRDC de Paris I et le CERCLE de Bordeaux IV, «La Constitution européenne est-elle une Constitution ?», publié s.d. B. Mathieu, F. Mélin-Soucramanien, M. Verpeaux à la *Revue des affaires européennes*, Kluwer, 20023, n°6, p. 647 et s. juillet 2003, lors de ces deux rencontres, on relèvera notamment, les analyses de Louis Favoreu et de Jean-Claude Gautron.

Cependant le processus de développement de la construction européenne, même dans sa phase actuelle, traduit une dissociation volontaire entre la reconnaissance d'un ordre juridique constitutionnel et l'évolution vers une structure étatique.

Deux éléments caractérisent et fédèrent ces différences entre les ordres constitutionnels étatiques traditionnels et l'ordre «constitutionnel» européen. Le premier tient à ce que le principe de souveraineté peut être considéré comme relativement étranger au nouvel ordre juridique européen. Le second se manifeste par le fait que cet ordre juridique n'est pas un ordre juridique démocratique, au sens classique du terme.

J'aborderai rapidement ce premier point avant de consacrer l'essentiel de mes développements à la seconde question.

La question de la souveraineté est porteuse d'un enjeu idéologique fort. Invoquée par les uns, elle traduit l'abandon par les Etats nationaux de ce qui fait leur essence même, utilisée par les autres elle traduit la préfiguration d'une entité étatique fédérale européenne.

En réalité, la souveraineté se limite, elle ne se partage pas. Ainsi les compétences qui relèvent de la souveraineté peuvent être dévolues à une organisation commune, le titulaire de la souveraineté se garde le pouvoir ultime de les récupérer. En réalité, ce nouveau système ne se construit plus à partir de la souveraineté qu'il tend à ignorer plus qu'il ne vise à le renverser. L'ordre juridique européen pourrait alors être considéré comme un ordre juridique constitutionnel non souverain.

La question du caractère, démocratique, ou non, de l'Union européenne est l'une de celles qui soulèvent le plus de débats, assez théoriques, souvent idéologiques. Le déficit démocratique est avancé par ceux qui dénoncent le fonctionnement technocratique de l'Union européenne, les promesses d'une nouvelle forme de démocratie sont portées par ceux qui s'inscrivent dans une vision quasi messianique de la construction européenne.

Dans ce débat le rôle du Parlement européen est souvent évoqué comme celui d'une assemblée qui n'aurait de parlementaire que le

nom et qui serait coupée de la réalité, ou, au contraire, comme l'organe d'un nouvel ordre démocratique capable de s'imposer face à des ordres étatiques dépassés.

Si la démocratie est née dans le cadre de la Cité, puis de l'Etat, la première question est de savoir si c'est un concept propre à rendre compte d'un ordre juridique supranational, post moderne, tel que celui de l'Union européenne.

Au terme de démocratie est attaché une forte connotation idéologique. Le postulat étant posé qu'il n'y a d'ordre juridique légitime que démocratique, l'Union européenne se doit d'être démocratique afin d'être légitime.

Témoigne de cette logique le caractère quasi incantatoire des références à la démocratie qui scandent les textes fondamentaux de l'Union européenne, notamment le Traité constitutionnel, dans lequel il apparaît au moins à quinze reprises, et le Traité de Lisbonne.

En réalité, le principe démocratique joue deux fonctions différentes qu'il convient de distinguer. C'est d'abord un principe légitimant. Il renvoie alors aux fondements de l'ordre juridique et à la question de la souveraineté, entendue comme principe de légitimité. Le principe démocratique concerne également la manière dont les décisions sont prises. Il renvoie en ce sens à une technique décisionnel visant à l'acceptation des décisions prises par leurs destinataires¹⁴. Du premier de ce point de vue, il convient de réfléchir sur les fondements mêmes de l'ordre juridique que représente l'Union européenne. Le second de ces points de vue conduit à considérer la manière dont le Parlement européen est une institution qui participe au fonctionnement démocratique de l'Union européenne.

¹⁴ Cf en ce sens P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Ed. du Seuil, 2008.

I-L'Union européenne, un ordre juridique dont le fondement n'est pas démocratique

L'affirmation selon laquelle l'Union européenne aurait un fondement démocratique repose en fait sur le caractère démocratique des Etats qui la composent et laisse en fait pendante la question de la légitimité de l'ordre juridique communautaire, non pas la réalité de cette légitimité, mais sa nature.

A défaut d'un véritable fondement démocratique à l'Union européenne, l'un de ces organes, le Parlement, assoit sa légitimité sur le fait qu'il assure au sein de l'Union la représentation des citoyens de l'Union.

1-La question de la légitimation de l'ordre juridique européen

L'Union européenne s'affiche comme un ordre juridique démocratique. Cette affirmation s'opère au prix d'un certain nombre d'approximations. Plus profondément elle renvoie à la question de savoir si l'ordre juridique européen peut être légitimé par le principe démocratique. Ainsi l'article 6 du Traité sur l'Union européenne stipule que l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme ainsi que de l'Etat de droit.

Le Traité accorde une place spécifique à la démocratie, distincte à la fois de la légitimité substantielle que représente l'affirmation de droits et de la légitimité à la fois procédurale et substantielle que représente l'Etat de droit.

Il convient alors de s'interroger sur le point de savoir si la démocratie est le principe ou l'un des principes qui fondent l'Union.

Le texte du Traité constitutionnel déclinait le principe démocratique à la fois dans son expression représentative, que dans sa forme participative, mais ces références renvoient plus au fonctionnement de l'Union qu'à ses fondements.

Si l'on admet que l'Union européenne résulte de l'association d'Etats démocratiques, la question reste ouverte de savoir si l'ordre

juridique communautaire est fondé sur le principe démocratique. Une réponse affirmative à cette question implique l'existence d'un Peuple européen et l'exercice par ce Peuple d'un pouvoir constituant initial. Pour prendre la question à l'envers, observons seulement que le Peuple européen, à supposer qu'il existe, n'a jamais été appelé à se prononcer sur les actes fondateurs de l'Union européenne. La ratification des Traités s'est opérée selon la procédure prévue par chaque Etat. Ce sont les peuples des Etats, ou leurs représentants, qui se sont exprimés. L'existence de referendums dans l'ensemble des Etats aurait eu une forte valeur symbolique, encore eut-il fallu que ce soit le Peuple de l'Union qui parle et non les Peuples de chacun des Etats. Les échecs de nombre de référendums nationaux relatifs à la construction européenne témoignent incontestablement de la méfiance voire de l'hostilité des citoyens d'un certain nombre d'Etats vis à vis de la construction européenne telle qu'elle s'opère, ils ne valent pas non plus expression du Peuple européen contre l'Europe. En réalité l'Union européenne est fondée sur un accord entre Etats. Alors même que cet accord est spécifique au regard des mécanismes d'intégration qu'il met en place, au regard de l'appréhension de l'ordre juridique communautaire par les Constitutions nationales, au regard de l'ampleur des compétences transférées. Sa légitimité fondatrice n'en repose pas moins sur un accord de volonté des Etats. Or la constitution d'un groupement d'Etat fondé sur les règles du droit international est étrangère au modèle démocratique.

Plus profondément la question de l'existence même d'un Peuple européen doit être posée. De manière volontariste les Traités communautaires et un certain nombre de Constitutions nationales ont affirmé l'existence d'un citoyen européen. Cette qualité est le corollaire de la qualité de citoyen d'un Etat membre. Elle ne présente au regard de la citoyenneté nationale aucune autonomie. Mais en toute hypothèse ces citoyens qui bénéficient de protections spécifiques et de facultés d'intervention, limitées, dans le jeu institutionnel européen, ne constituent pas un Peuple souverain. Plus encore l'absence d'un espace politique homogène et d'une

opinion publique¹⁵ européenne peut faire douter de la consistance même d'un Peuple européen potentiel.

La question est alors de savoir s'il peut exister une démocratie non nationale. La question a été développée par le Doyen Vedel qui relève à la fois le caractère historiquement, tout du moins dans l'histoire moderne, consubstantiel de la démocratie et de la Nation, et la nécessité de dépasser cette corrélation. Or l'Union européenne n'est pas un Etat et il n'y a pas de Nation européenne. En réalité il convient de considérer que l'Union européenne est une construction originale qui ne repose pas, comme on l'a dit, sur le principe de souveraineté, entendu comme l'exercice d'une puissance initiale et fondatrice. Il faut le répéter, ce qui fausse en fait l'analyse et égare parfois les rédacteurs des textes, c'est que la reconnaissance de la démocratie comme seul principe légitimant tend à porter comme conséquence la condamnation de tout système de commandement qui n'est pas directement fondé sur ce principe¹⁶. Cette posture idéologique doit être dépassée.

Pas de peuple, pas de souverain, pas de légitimité démocratique. Ces affirmations tranchées doivent être immédiatement nuancées par la remarque selon laquelle l'absence de légitimité démocratique comme principe fondateur de l'Union européenne, n'épuise pas, comme on le verra la question de la démocratie au sein de l'Union européenne.

En fait la légitimité de l'Union européenne est multiple, elle est fondée, par exemple, tant sur le caractère démocratique des Etats membres que sur l'exercice de la démocratie au sein de l'Union que sur la notion d'acquis communautaire¹⁷. De ce point de vue le Parlement européen présente la spécificité d'asseoir sa légitimité sur l'élection de ses membres par les citoyens. La question est alors de savoir si indépendamment de l'absence d'un fondement

¹⁵ J. Gerkrath, *Les conditions de la démocratie dans l'Union européenne*, RUDH, 2004, p. 363 et s.

¹⁶ cf en ce sens G. Vedel, *Pouvoirs*, 1977, n° 2 p. 23 cf également Habermas, *L'intégration républicaine*, Fayard, 1998, p. 218.

¹⁷ Pour une appréciation de cette nature cf. G. Timsit, intervention au GEDP, septembre 2003, REDP.

démocratique à l'Union européenne, le Parlement européen ne constitue pas, au sein de l'Union, l'organe chargé d'incarner cette part de légitimité

2-Le Parlement européen, une représentation des citoyens européens?

Si la représentation n'est pas nécessairement démocratique, on peut en effet, et par exemple, représenter des groupes d'intérêt, et si la démocratie n'est pas nécessairement représentative, le Parlement européen traduit l'insertion au sein des institutions européennes d'un mécanisme de démocratie représentative. En ce sens, dans son arrêt *Isoglucose* du 29 octobre 1980, la Cour de justice, de manière prétorienne, a mentionné que le Parlement européen représentait l'élément démocratique dans la construction européenne. Seul le Parlement peut s'appuyer une légitimation démocratique directe du fait de son élection au suffrage universel direct. Si les parlementaires européens sont incontestablement des représentants, la question est de savoir ce qu'ils représentent exactement.

En fait le Parlement européen, désignation d'abord autoproclamée de l'Assemblée des communautés européennes, représentait d'abord les Peuples des Nations, avant de représenter les citoyens européens.

Est ainsi posé le principe selon lequel les citoyens européens participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative.

L'identification de la citoyenneté européenne est conceptuellement difficile. En effet cette qualité n'est, comme on l'a dit, qu'un additif à la qualité de citoyen d'un Etat, à laquelle elle est liée.

Cependant, quelque soit la nature de la citoyenneté européenne le Parlement représente bien les citoyens européens par lesquels ses membres sont directement élus.

L'existence et la reconnaissance d'une véritable représentation des citoyens européens se heurte cependant à un certain nombre d'obstacle. D'abord les Parlementaires européens présentent la caractéristique d'être élu dans des circonscriptions nationales selon des modes de scrutin organisés nationalement.

Par ailleurs, à cet ancrage national de la représentation au niveau de l'Union européenne s'ajoute l'absence d'un véritable espace politique européen.

Le diagnostic peut être rapidement établi, il demanderait à être précisé. D'abord si le droit communautaire reconnaît les Partis politiques, et si les parlementaires siègent désormais par affinités politiques et non plus par nationalités, le rôle structurant de ces partis est faible. Le Traité de Maastricht mettait bien l'accent sur cette question en précisant que «les partis politiques au niveau européen sont importants en tant que facteur d'intégration au sein de l'Union, ils contribuent à la formation d'une conscience européenne et à l'expression de la volonté politique des citoyens» (art 191). Il faut interpréter cette disposition comme postulative. En effet la volonté politique des citoyens de l'Union, que les partis politiques devraient contribuer à formaliser et les députés européens à représenter, reste encore introuvable. Le fonctionnement du Parlement n'obéit pas vraiment à une logique majoritaire. Par ailleurs, culturellement, les institutions européennes, y compris le Parlement, gardent de leur origine internationale le goût du recours à l'expertise, de l'écoute des lobbies, plus que du débat politique¹⁸. La recherche du consensus est préférée à l'affrontement des idées¹⁹. Ainsi les citoyens européens ont-ils du mal à s'identifier à un Parlement européen qui ne les représente pas au sein d'un espace politique européen qu'il ne parvient pas à forger. Le caractère politique des élections européennes traduit des clivages nationaux et non européens. De ce

¹⁸ cf en ce sens P. Magette, Le principe démocratique au delà de la représentation, in *La Constitution de l'Europe*, Ed ULB? 2000.

¹⁹ cf en ce sens, F. Chaltiel, Quelle Europe après le Traité de Lisbonne? P.A.

point de vue le patriotisme européen invoqué par Habermas reste une vue de l'esprit.

La démocratie implique à la fois des choix politiques et un monde commun de reconnaissance de valeurs partagées²⁰. En ce sens, le Parlement, en tant qu'organe de la démocratie représentative au sein de l'Union, a pour mission d'instaurer ce débat politique de formaliser ces valeurs communes que les Traités proclament mais qui ont du mal à émerger en tant que facteur de cohésion au sein de l'espace européen.

Si la démocratie n'est pas le principe fondateur de l'Union européenne, les mécanismes démocratiques ont vocation à régir le fonctionnement de l'Union et de ce point de vue le Parlement européen est appelé à jouer un rôle central.

II-Le Parlement européen une institution qui participe au fonctionnement démocratique de l'Union européenne

Le fonctionnement des Etats démocratiques obéit au principe de séparation des pouvoirs. En effet, si le principe démocratique peut s'incarner dans le pouvoir délégué à un seul, individu ou à une seule institution, l'exercice démocratique du pouvoir implique que tous les pouvoirs ne soient pas concentrés entre les mêmes mains. De ce point de vue le Parlement européen s'inscrit dans une logique qui tente à se rapprocher de celle qui dirige les systèmes parlementaires nationaux. Cependant cette forme représentative de la démocratie qu'incarne le Parlement est concurrencée par d'autres procédures de décision qui ont vocation à répondre à l'exigence démocratique, sans se rattacher à ses caractéristiques traditionnelles.

²⁰ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Le Seuil 2008.

1-Le Parlement européen, instrument d'un embryon de séparation des pouvoirs

La « démocratie » européenne est en perpétuelle recherche de sa spécificité. En même temps, dans un souci de légitimation, elle obéit à une logique de mimétisme par rapport aux institutions des Etats nationaux qui la composent. La construction européenne a été attirée par le modèle étatique tout en s'en écartant par souci de réalisme. Le modèle étatique a inspiré, par exemple, le recours à l'idée de constitution et la référence à la loi. Le réalisme européen a conduit, tout en même temps à effacer la perspective d'un Etat fédéral européen.

Cependant le besoin de combler ce que l'on a appelé le déficit démocratique a conduit à renforcer considérablement les pouvoirs du Parlement et à lui faire jouer un rôle sur les deux terrains qui sont ceux sur lesquels interviennent les Parlements nationaux: la fonction législative et la fonction de contrôle²¹.

Ainsi l'Assemblée communautaire a vu ses compétences étendues dans le sens d'une parlementarisation de l'institution. En ce sens, revenant aux origines du parlementarisme, le Parlement intervient en 1975, dès avant son élection au suffrage universel direct, dans le processus du consentement à l'impôt. Aujourd'hui il participe à l'exercice du pouvoir budgétaire et financier. Sur le plan proprement normatif, le champ des compétences dans lesquelles s'exerce la procédure de codécision avec le Conseil s'est étendu. Ce pouvoir de codécision d'une institution, où les Etats ne sont pas représentés en tant que tels, est un facteur important de l'autonomie démocratique de l'Union européenne.

S'agissant des mécanismes de contrôle sur ce que l'on pourrait appeler l'exécutif, le Parlement intervient dans la désignation du Président de la Commission et, selon un mécanisme d'investiture, doit donner son assentiment à la composition de la Commission. Ce pouvoir est effectif. Ainsi, le rôle joué par le Parlement pour s'opposer à certaines nominations de commissaires témoigne de la

²¹ Pour une analyse précise de ces pouvoirs, cf. F. Chaltiel, *Manuel du droit de l'Union européenne*, PUF.

place qu'il a prise en ce domaine. Par ailleurs, la Commission peut voir sa responsabilité engagée devant le Parlement, ce dernier pouvant prendre l'initiative d'une motion de censure. De manière, également classique, le Parlement peut exercer son pouvoir de contrôle par la procédure des questions et au moyen de commissions d'enquête. Il n'en reste pas moins que l'absence de constitution de réelles majorités politiques, déjà relevée, constitue une limite à l'effectivité d'un tel contrôle.

Là encore le modèle national ne peut être entièrement transposé. Cette figure parlementaire s'inscrit dans un système plus complexe de triangle institutionnel qui n'obéit pas aux règles classiques de la séparation des pouvoirs et qui s'accompagne d'une séparation verticale entre les institutions de l'Union et les autorités nationales²².

2-La fonction représentative du Parlement européen concurrencée par d'autres formes d'expression démocratiques

Si le Parlement européen s'inscrit dans la logique de la démocratie représentative en lui empruntant de nombreux traits sans cependant la pousser à son terme, il ne s'agit que de l'une des formes de la démocratie telle que reconnue par le droit communautaire.

En effet, alors même que la formule n'est pas exactement reprise dans le Traité de Lisbonne, comme le précisait le projet de Traité constitutionnel, le fonctionnement de l'Union s'appuie sur deux formes de démocratie, la démocratie représentative et la démocratie participative.

La notion de démocratie participative s'écarte sensiblement de la notion traditionnelle de la démocratie, à tel point que l'on peut s'interroger sur le point de savoir s'il ne s'agit pas d'une légitimité nouvelle qui se substituerait à celle de la démocratie représentative.

²² Cf J. Gerkrath, art. précité.

Cette démocratie participative renvoie en fait à la question de la participation des destinataires de la norme à son élaboration.

Elle traduit le passage d'une conception universaliste de la norme légitimée à la fois par le fait qu'elle est l'émanation de la majorité et qu'elle tend à la réalisation de l'intérêt général, à une conception plus catégorielle qui prend en compte la diversité des destinataires de la norme, leurs attentes, leur réceptivité.

Elle suppose l'acceptation de la norme, accorde une importance centrale à sa procédure d'élaboration et met en valeur le consensus, plus que la formation d'une majorité.

Il est à la fois paradoxal et logique que l'Union européenne dont les décisions souffrent à la fois d'un déficit important de légitimité et d'une faible acceptation, qu'explique partiellement le caractère peu accessible tant de la norme que de son processus d'élaboration, souhaite, en contre feu, développer la mise en œuvre de principes et de procédures qui peuvent être rattachés à l'idée de démocratie participative.

L'élaboration de la Charte des droits fondamentaux et du projet de Constitution européenne par une Convention associant la «société civile» et les représentants des groupes d'intérêt, répond à cette logique.

Un certain nombre de principes qui renvoient en fait à des procédures d'élaboration des décisions, répondent à cette conception. Il en est ainsi du principe de transparence, qui peut jouer le rôle d'un «substitut fonctionnel de la responsabilité politique classique que la fragmentation du pouvoir rend en pratique impossible»²³. L'idée selon laquelle les citoyens et les associations représentatives ont la faculté de se faire entendre dans le processus décisionnel renvoie à cette fragmentation de l'intérêt général et au souci de rapprocher la décision de ses destinataires.

²³ Sur cette question cf. C. Lequesne, *La Transparence, vice ou vertu de la démocratie*, in J. Rideau, *La Transparence dans l'Union européenne*, LGDJ 1999, p. 11 et s.

Il n'en reste pas moins que si cette forme de « démocratie » présente bien des vertus, notamment en donnant plus de transparence à l'exercice du pouvoir de décision, elle présente aussi bien des défauts.

D'abord la démocratie de l'internet, n'est pas celle du Peuple réel, elle le sera peut être un jour tel n'est pas le cas aujourd'hui. Par ailleurs cette proceduralisation qui vise à la transparence peut conduire paradoxalement à bien des manipulations. Qui est qui? qui représente quoi? telles sont les questions, souvent sans réponses, que pose la démarche participative qui n'est pas exclusive de pratiques sophistiquées de manipulation de l'opinion²⁴

Dans ce nouveau système la tentation est de considérer que la légitimité n'est plus celle tirée de l'expression majoritaire du Peuple, c'est celle de l'impartialité, de la réflexivité, de la proximité²⁵, de l'expertise, de l'efficacité.

Ces deux formes de démocratie ne sont pas exclusives, la démocratie participative ne peut constituer une légitimité de substitution, mais elle peut rendre l'exercice du pouvoir politique plus transparent, pour reprendre cette expression commode. Il s'agit d'une légitimité d'accompagnement. Aujourd'hui il est incontestable qu'une décision est perçue comme légitime lorsqu'elle a été discutée et élaborée conformément à ces procédures que l'on rattache à la démocratie participative²⁶.

En ce sens le Parlement joue un rôle ambigu, mais central dans la sphère de la démocratie européenne. Organe d'un ordre juridique qui n'est pas réellement fondé sur le principe démocratique, il incarne au sein de cet ordre l'expression de la forme représentative de la démocratie. Mais cette expression démocratique est concurrencée par d'autres formes d'expressions considérées comme également démocratiques et dans lesquelles le Parlement ne joue qu'un rôle marginal.

²⁴ Cf P. Rosanvallon, La légitimité démocratique précité.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

Alors que le rôle et le travail parlementaire au sein de l'Union européenne sont très largement soustraits au regard des citoyens, il convient de se demander si le Parlement ne gagnerait pas à appuyer la légitimité démocratique représentative dont il est porteur par d'autres caractéristiques légitimantes, par exemple, la proximité, la transparence et l'intelligibilité.

**LES MARCHÉS ET LES CONTRATS PUBLICS:
CONCURRENCE, TRANSPARENCE ET
NEUTRALITÉ**

Pierre NIHOUL
Conseiller d'Etat
Professeur invité à la
Faculté de Droit
l'Université Catholique
de Louvain-la-Neuve

Introduction

Partie I. Le cadre européen et la problématique de la mise en concurrence

- A. Objectifs et portée de la réglementation européenne
- B. Extension du champ de la réglementation européenne

Partie II. L'accès à la commande publique et à la décision d'attribution

- A. La publicité
- B. La transparence
- C. L'égalité

Partie III. Remise en cause du principe de neutralité de la commande publique

- A. Contexte
- B. Exemples de clauses
- C. Réglementation
- D. Conclusion

Introduction

L'action contractuelle des pouvoirs publics, si elle n'est pas neuve, connaît un regain d'intérêt; elle devient même une manie dans le chef de nos gouvernants, lesquels n'hésitent pas à affubler du nom de contrat des mesures ou des normes qui sont en réalité tout a fait unilatérales.

Au-delà des problèmes de qualification et de la diversité des appellations et des procédés, ce qui frappe d'emblée, lorsqu'on étudie la matière des contrats publics en Europe, c'est, d'une part, la reconnaissance ou non d'un juge propre au contrat public et, d'autre part, l'existence ou non d'un régime juridique propre au contrat public.

En ce qui concerne le régime contentieux, la suspension, voire l'annulation du contrat public et le contrôle de son exécution sont du ressort soit du juge civil (ce sont les pays de Common Law), soit du ressort du juge civil lorsque l'administration agit comme personne privée ou du juge administratif lorsque l'administration agit comme personne publique (ce sont les pays inspirés du droit français), soit enfin de la compétence du juge civil, à l'exception des actes unilatéraux qui interviennent avant la passation du contrat, soit les actes dits "détachables", qui peuvent être attraités devant le juge administratif (ce sont les pays à tradition judiciaire comme la Belgique).

Quant au régime juridique du contrat public, sauf exceptions comme la France, il est pour l'essentiel civiliste. Les contrats publics sont en effet soumis au Code civil moyennant toutefois deux tempéraments:

- d'une part, en cas de spécificité du contrat public, laquelle se déduit de son objet, des prérogatives exorbitantes de droit commun ou des missions spécifiques qu'il contient, le juge applique au contrat public un régime juridique particulier. Ce régime juridique idoine tient pour l'essentiel aux trois principes généraux d'organisation et de fonctionnement du service public, dénommés „lois du service public”, que sont la loi de la continuité ou de la régularité, la loi du changement et la loi d'égalité des usagers. Il

faut toutefois en relativiser la portée, et ce pour trois raisons: malgré leur nom, ces trois „lois” sont dépourvues de toute base légale et sont le produit d’une création doctrinale et jurisprudentielle inspirée directement du droit français; par ailleurs, elles sont appliquées par le juge civil qui a tendance à gommer la spécificité du contrat public au profit du droit commun; enfin, le droit civil ne s’effacera que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde de l’action administrative;

- d’autre part, des dérogations ou des tempéraments au droit civil peuvent être apportés par une loi spécifique. Elles sont toutefois rares en Europe – on peut citer certaines concessions domaniales qui font l’objet d’une loi particulière, comme les concessions de sépulture ou de plage ou les concessions sur le domaine portuaire ou aéroportuaire - à l’exception notoire de la matière des marchés publics.

De quoi s’agit -il? En substance, les contrats administratifs qualifiés de „marchés publics” visent, en substance, des contrats à titre onéreux par lesquels une entité publique fait procéder à des travaux ou à la réalisation d’un ouvrage par un tiers ou se procure des fournitures ou des services auprès d’un tiers.

Ces contrats sont particulièrement réglementés et encadrés, alors que d’autres (notamment les transactions immobilières) sont conclus et exécutés beaucoup plus librement. S’agissant des transactions immobilières, la Commission européenne a cependant élaboré des règles permettant de vérifier si elles ne dissimulent pas des aides accordées à des entreprises au moyen de ressources d’Etat²⁷. Sauf cas particuliers, de telles aides ne sont compatibles avec le traité européen que si elles font l’objet d’une notification préalable à la Commission et si celle-ci les estime conciliables avec les exigences du droit de la concurrence.

Dans mon exposé, je vous propose de partir de la réglementation européenne en matière de marchés publics et de voir comment et jusqu’où celle-ci a déteint sur l’ensemble des contrats publics.

²⁷ Communication de la Commission, J.O.C.E., C 209, du 10 juillet 1997, p. 3 et s.

Partie I. Le cadre européen et la problématique de la mise en concurrence

La plupart des Etats européens ont, de longue date, réglementé l'adjudication et l'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Outre la prévention des fraudes et malversations, la réglementation des marchés publics poursuit traditionnellement un double but: d'une part, la protection des deniers publics, et, d'autre part, la garantie de l'égalité entre entreprises dans l'accès aux commandes publiques.

Depuis les années '70, les autorités européennes sont intervenues de manière de plus en plus précise et complète en ce domaine, au titre du rapprochement des législations et de la réalisation du marché intérieur. Actuellement, les législations nationales, du moins pour ce qui concerne la passation des marchés, constituent essentiellement une transposition des directives européennes.

Ce mouvement d'eupéanisation de la matière s'inscrit dans le prolongement des conventions conclues au niveau de l'O.M.C.²⁸, et il répond à une évolution économique irrésistible. Les marchés publics représentent environ 16% du P.I.B. des Etats européens; leur ouverture appelait l'élaboration d'un cadre juridique harmonisé.

Le droit européen des commandes publiques se compose aujourd'hui de deux directives, qui doivent être transposés depuis le 1^{er} février 2006 dans les ordres juridiques nationaux:

- la directive 2004/17 du 31 mars 2004 visant les marchés conclus dans certains secteurs particuliers (eau, énergie, télécommunications et transports)²⁹;
- la directive 2004/18 de la même date, visant les marchés conclus dans les autres secteurs.

²⁸ Accord signé à Marrakech le 15 avril 1994.

²⁹ Cette directive est vouée à une application transitoire, dans la mesure où les secteurs libéralisés sortiront progressivement de son champ d'application.

A. Objectifs et portée de la réglementation européenne

L'objet essentiel des directives européennes est d'organiser la passation des marchés publics en assurant des exigences de publicité (spécialement pour les marchés dépassant certains seuils³⁰), de comparaison objective des offres et de motivation du choix du cocontractant, ainsi qu'en imposant l'aménagement de recours effectifs.

De manière générale, les marchés publics doivent être passés soit par adjudication (attribution au «moins-disant»), soit par appel d'offres (attribution au «mieux-disant», en fonction de critères préalablement déterminés). La procédure négociée, qui permet au pouvoir adjudicateur de sélectionner plus librement son cocontractant, n'est autorisée que dans les cas limitativement énumérés par la législation. Dans les trois cas, la procédure d'attribution est précédée d'une phase dite de sélection qualitative, au cours de laquelle le pouvoir adjudicateur vérifie, selon une procédure rigide, l'admissibilité de chaque candidat (respect des législations sociales et fiscales) ainsi que ses capacités économiques, financières, techniques et professionnelles.

Il est frappant de constater à quel point l'attention des autorités communautaires s'est focalisée sur la question de la passation des marchés publics et de la mise en concurrence, ainsi que du contentieux relatif à ce stade de la procédure³¹.

Au contraire, la problématique de l'exécution est complètement passée sous silence, alors qu'elle cristallise de nombreux enjeux dans la pratique. On observe par exemple:

³⁰ Pour les marchés de travaux, près de 6 millions d'euros.

³¹ C'est pour satisfaire aux exigences du droit communautaire que le législateur belge a introduit par la loi du 9 juillet 2004 un système évitant le triomphe du fait accompli: le pouvoir adjudicateur est tenu d'informer d'abord les candidats non sélectionnés et les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue, et de respecter un délai d'au moins dix jours avant de procéder à la notification de la décision d'attribution au soumissionnaire choisi ; notification qui a pour effet la conclusion du contrat.

- que la mise en oeuvre des pénalités et des clauses d'imprévision ouvre de larges marges d'appréciation susceptibles de laisser place à l'arbitraire;
- que les modifications apportées de commun accord aux conditions du marché, en cours d'exécution, s'écartent parfois substantiellement des prescriptions du cahier des charges;
- ou encore, plus fondamentalement, qu'un pouvoir adjudicateur peut difficilement, dans le cadre de la réglementation actuelle, écarter une entreprise au stade de l'attribution d'un marché au motif qu'elle n'a pas donné satisfaction dans l'exécution de marchés antérieurs.

Pourquoi cette limitation à la passation?

L'objectif prépondérant de la démarche semble être l'ouverture des marchés publics aux entreprises de l'Union européenne et la lutte contre le protectionnisme dans ce domaine (objectif dont la réalisation quantitative reste assez décevante³²). L'appel à la concurrence et la garantie de l'égalité entre entreprises sont supposés produire ipso facto les meilleurs résultats en termes de performance et de satisfaction du pouvoir adjudicateur «consommateur».

Le droit européen n'organise pas d'autre évaluation de la pertinence des décisions en matière de commande publique. Tout au plus doit-on souligner que la Cour de Justice a pu considérer certains marchés publics comme des aides d'Etat: tel est le cas de marchés passés à des prix anormalement élevés, ou encore de marchés conclus dans des conditions régulières, mais répondant à des besoins inexistant³³.

³² De 1995 à 2002, parmi les marchés mis en concurrence à l'échelon européen, seuls 3 % ont été effectivement attribués à des entreprises étrangères. Or, ce pourcentage modeste ne vise que les marchés dépassant les seuils élevés qui justifient la publicité de niveau européen.

³³ T.P.I., 116/01 et 118/01, 5 août 2003. Il s'agissait d'un marché par lequel une région avait réservé d'avance auprès d'une compagnie de transports maritimes un certain nombre de voyages, dont rien n'indiquait qu'ils seraient effectivement utilisés par les élus ou fonctionnaires de cette région.

Ainsi, l'Etat est appelé à justifier de manière précise, voire tatillonne, pourquoi il fait choix de tel ou tel cocontractant. Mais les autres aspects de sa décision, en amont ou en aval de l'attribution du marché, échappent largement à l'encadrement européen. La «reddition de comptes» se conçoit donc à l'égard des entreprises concurrentes bien plus qu'à l'égard du citoyen. Des deux objectifs traditionnellement assignés à la réglementation des commandes publiques - la protection des deniers publics et la garantie d'égalité d'accès aux commandes publiques -, le second a très largement supplanté le premier.

Mais revenons à notre démonstration, à savoir la tâche d'huile de la législation européenne vers d'autres contrats que les marchés publics.

B. Champ d'application de la réglementation européenne

I. Premier constat

La réglementation des marchés publics concerne *ratione personae* la gestion de toutes les entités publiques ou liées aux pouvoirs publics, même lorsque leur activité présente un caractère économique. Seules les entités qui prestent des activités purement commerciales y sont soustraites³⁴, à l'exception toutefois des secteurs spéciaux. En la matière, l'exigence de «reddition de comptes» ne s'arrête donc pas aux fonctions régaliennes.

II. Deuxième constat

Mais il faut surtout souligner que la réglementation des marchés publics évolue vers une discipline qui régirait aussi les choix des pouvoirs publics quant à l'organisation de leurs activités opérationnelles. Je m'explique.

³⁴ Soit parce que le secteur dans lequel elles opèrent est libéralisé et donc entièrement ouvert à la concurrence, soit parce que l'entité considérée ne répond pas à la définition du pouvoir adjudicateur: une entité créée «pour satisfaire à des besoins d'intérêt économique général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial».

Se fondant sur le droit des marchés publics, puis sur les principes généraux du traité, la Commission européenne et la Cour de Justice tendent en effet à considérer qu'il y a lieu de faire appel à la concurrence chaque fois qu'un pouvoir public confie une mission de nature économique à une entité distincte de ses propres services mais qui lui est plus ou moins étroitement liée.

Cette obligation de mise en concurrence s'appliquerait ainsi aux relations entre une municipalité et l'association de communes dont elle est membre ou entre une région et un organisme économique qu'elle a créé. Seules des exceptions très limitées sont admises, pour les cas où il existe des relations organiques étroites entre le pouvoir adjudicateur et l'entité prestataire.

La Cour de Justice s'est prononcée sur cette question dans un important arrêt du 18 novembre 1999³⁵, portant sur le contrat conclu entre une commune italienne et un organisme de type intercommunal en vue de la gestion du chauffage de certains bâtiments communaux:

1. La Cour vérifie tout d'abord si les prestations fournies à la commune le sont bien moyennant le paiement d'un prix, ce qui était le cas en l'espèce.
2. Ensuite, pour que les règles relatives aux marchés publics soient applicables, la Cour constate que: „il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de ce dernier, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non”³⁶. Le prestataire peut donc être sans conteste une entité publique pour autant qu'il soit personnalisé car on ne contracte pas avec soi-même!

N'est donc pas conforme aux directives „matières” une législation nationale qui exclut a priori et par principe du champ d'application du droit des marchés publics les relations contractuelles entre les

³⁵ Aff. C-107/98, *Teckal*.

³⁶ C.J.C.E., 18 nov. 1999, *Teckal*, C-107/98, pts 50-51; 8 mai 2003, *Com. c. Espagne*, C-349-97, pt 204; 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, pt 47; 13 janv. 2005, *Com. c. Espagne*, C-84/03, pt. 38; 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, pts 57-58; 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, pt 33.

administrations publiques, leurs organismes publics et, d'une manière générale, les entités de droit public non commerciales, quelle que soit la nature de ces relations³⁷.

3. Vient ensuite le tempérament: „Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent”.

Seule la réunion de ces deux critères permet de considérer que la relation juridique s'opère „in house” et qu'elle peut donc se dérouler en dehors de la législation sur les marchés publics.

L'application de cette jurisprudence est problématique, en particulier en ce qui concerne la première des deux conditions formulées par la Cour. Si la notion de contrôle «analogue» vise une quasi-identité, la condition ne sera jamais remplie: le pouvoir adjudicateur ne peut forcément pas exercer sur une personne juridique distincte de lui un contrôle identique à celui qu'il exerce sur ses propres services.

La jurisprudence ultérieure a apporté quelques précisions qui permettent de mieux cerner l'exception „in house”:

- l'intensité du contrôle sur l'organisme in house s'apprécie par rapport aux pouvoirs de contrôle tels qu'ils résultent des textes organiques et tels qu'ils peuvent s'exercer. L'accent est donc mis sur la capacité et la potentialité d'influence déterminante du pouvoir adjudicateur sur l'opérateur cocontractant;

- l'opérateur in house doit consacrer la quasi-totalité de son activité (par exemple 90%) aux commandes passées par la ou les collectivités actionnaires ou propriétaires, la diversification de son activité ne pouvant être que marginale;

- en cas d'opérateur détenu par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, les critères de contrôle analogue et de l'essentiel des activités peuvent être appréciés au regard de l'ensemble des autorités qui détiennent cet opérateur: le partenariat public-public n'est donc pas

³⁷ C.J.C.E. 13 janv. 2005, *Com. c. Espagne*, précité, pts 39-40.

exclu par principe de cette exception. Par conséquent, échappent à la mise en concurrence les missions confiées par une autorité locale à une intercommunale dont elle est membre pour autant que les associés soient tous des personnes de droit public. La coopération interlocale est donc sauvegardée;

- par contre, la participation, même minoritaire, d'une société privée dans le capital de l'entreprise prestataire suffisait à exclure toute relation „in house”: l'exception ne concerne donc pas les sociétés d'économie mixte ou tout autre organisme à capital mixte public-privé. Un pan entier des modes d'organisation administrative tombe donc sous le coup de la réglementation européenne en matière de marchés publics ou de l'obligation dérivée du Traité lui-même de faire appel à la concurrence: en effet, toute mission confiée par une autorité publique à un opérateur mixte doit être précédée d'un appel à la concurrence (ex.: la Sofico en Belgique).

III. Troisième constat

Jusqu'ici, malgré des débats répétés à ce sujet, les concessions ou délégations de service public ne sont pas (ou pas encore) soumises à la réglementation européenne des marchés publics. Toutefois, la jurisprudence de la Cour considère que les principes généraux du traité impliquent un certain nombre d'obligations lors de la conclusion de ce type d'opérations.

A. C'est l'arrêt *Telaustria*³⁸ du 7 décembre 2000, qui a consacré cette évolution. Dans cet arrêt, la Cour s'est prononcée sur le contrat par lequel l'opérateur historique de télécommunications en Autriche confiait à une société mixte, dont il était actionnaire minoritaire, l'édition d'annuaires téléphoniques. Ce contrat avait fait l'objet d'une consultation, mais sans appel à la concurrence proprement dit.

³⁸ Aff. C-324/98.

Dans cet arrêt, la Cour constate tout d'abord que les concessions de service public sont actuellement soustraites au droit des marchés publics³⁹. Elle définit la concession comme un contrat par lequel une entreprise reçoit en contrepartie de ses prestations, non pas une rémunération, mais « le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation ».

Elle rappelle ensuite que, même en dehors du domaine couvert par la législation sur les marchés publics, les « entités adjudicatrices » sont tenues de respecter les principes fondamentaux du traité et notamment l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité. Ce principe implique, selon la Cour, une obligation de transparence qui consiste « à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ».

L'arrêt semble donc impliquer une obligation de publicité pour toutes les décisions par lesquelles une entité publique décide de confier un service déterminé à une entité tierce, qu'elle soit publique ou privée, et cela même s'il s'agit d'une mission confiée de manière durable et exclusive.

Le raisonnement tenu par la Cour reste fondé sur l'existence d'un contrat à titre onéreux entre l'entité adjudicatrice et la société chargée du service public; cette relation contractuelle entre en principe dans le domaine visé par les directives sur les marchés publics⁴⁰, seule sa qualification de concession l'exclut du champ d'application matériel de celles-ci.

B. Dans le même ordre d'idées, un arrêt du 19 décembre 2001 établit l'applicabilité des mêmes principes aux marchés qui se

³⁹ L'arrêt se rapporte aux secteurs spéciaux, mais la solution est identique pour les concessions de services publics s'inscrivant dans le régime général: C.J.C.E., aff. 358/00, du 30 mai 2002.

⁴⁰ V. le point 29 et 39-40 de l'arrêt.

situent, en raison de leur montant, sous le seuil d'application des directives⁴¹.

C. Plusieurs arrêts ultérieurs confirment cette solution. Un arrêt du 5 octobre 2005⁴² en fait par exemple application à l'acte par lequel une commune attribue la gestion d'un parking public payant à une entreprise publique communale. Dans la mesure où l'entité prestataire du service est rémunérée par des montants payés par les tiers pour l'usage du parking, l'opération constitue une concession de services publics et non un marché public de services. Mais une telle concession ne peut être confiée sans mise en concurrence dès lors que l'entreprise spéciale de cette autorité publique s'est transformée en une société par actions présentant les caractéristiques suivantes:

- son objet social a été élargi à de nouveaux domaines importants;
- son capital doit obligatoirement être ouvert à court terme à d'autres capitaux;
- son domaine territorial d'activités a été élargi à l'ensemble du pays ainsi qu'à l'étranger;
- son conseil d'administration possède de très amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome.

Vous l'aurez compris, ces caractéristiques l'empêchent d'être considéré comme un organisme in house.

D. Cette jurisprudence, justifiée de manière très vague par les principes généraux du droit communautaire, correspond à des prises de position répétées de la Commission, qui aborde même la question de manière beaucoup plus extensive.

Tout d'abord, la Commission s'est exprimée en ce sens dans la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire⁴³, où elle a formulé les bases du raisonnement exposé ci-dessus.

⁴¹ Aff. C-59/00.

⁴² Aff. C-458/03, Parking Brixen.

⁴³ 29 avril 2000, *J.O.C.E.*, 2000, C-121, p. 21 ; *A.P.T.* 2000/1, p. 69.

Dans sa communication du 20 septembre 2000⁴⁴, la Commission présentait l'organisation des services d'intérêt économique général en donnant une claire priorité aux procédés de réglementation du marché; le recours aux concessions y était présenté comme une alternative admissible. Selon la Commission, ce n'est que si « aucune de ces deux solutions ne permet d'accomplir de façon satisfaisante la mission d'intérêt général » que l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs se justifie.

Le Livre vert de 2003⁴⁵ s'avère moins tranché à ce sujet, mais il souligne néanmoins les éléments suivants. «Il incombe aux autorités publiques de décider de fournir ces services directement via leur propre administration ou de les confier à un tiers (organisme public ou privé). (...) Lorsqu'une autorité publique choisit de confier la fourniture d'un service d'intérêt général à un tiers, la sélection du fournisseur doit respecter certaines règles et certains principes afin de placer sur un pied d'égalité tous les fournisseurs, publics ou privés, potentiellement capables de fournir ce service».

Enfin, le Livre vert de 2004 relatif aux partenariats public-privé⁴⁶ s'inscrit pleinement dans cette perspective. La Commission y traite non seulement des partenariats de type contractuel (marchés publics ou concessions), mais aussi des partenariats institutionnalisés, notamment ceux qui donnent lieu à la constitution d'une entité mixte pour la réalisation d'une mission déterminée. La Commission y considère que les principes du « droit des marchés publics et des concessions » – en résumé l'obligation de mise en concurrence – s'appliquent également lorsque l'attribution de mission a lieu par la voie unilatérale, par exemple par un acte législatif ou réglementaire⁴⁷. Elle raisonne cependant constamment à partir de l'idée que l'entité mixte est « titulaire d'un contrat » et que le choix de recourir à une telle

⁴⁴ *Les services d'intérêt général en Europe*, COM (2000), 580 final, points 14 à 18.

⁴⁵ COM (2003) 270 final, 21 mai 2003, n° 79 et s.

⁴⁶ COM (2004) 327 final, 30 avril 2004.

⁴⁷ N° 57, note 52.

structure doit se faire après examen des qualités économiques de son «offre» quant aux prestations spécifiques à fournir⁴⁸. La sélection du partenaire privé doit, elle aussi, donner lieu à une mise en concurrence⁴⁹.

Conclusions de la partie I

Même si la jurisprudence n'est pas encore totalement fixée en ce sens, on sent donc émerger une conception dans laquelle l'appel au marché est, sauf motifs particuliers, privilégié par rapport à la création d'un service public organique.

Le pouvoir adjudicateur est donc invité à définir les besoins d'intérêt public auxquels il entend pourvoir. Il doit ensuite faire prioritairement appel à la concurrence pour découvrir quel opérateur prestera ce service dans les conditions les plus avantageuses. La «reddition de comptes» se circonscrit, ici encore, à la phase de choix du cocontractant, une attention beaucoup plus limitée étant portée à l'évaluation a posteriori du service reçu.

Ainsi, l'évolution de la matière dépasse largement le concept de contrat administratif, pour déboucher sur une remise en cause de tout l'appareil de l'interventionnisme public.

Partie II. - L'accès à la commande publique et au contrat public

Le droit de la commande publique repose sur un principe fétiche, la concurrence. Omniprésente dans les considérants des directives européennes et des arrêts de la Cour de Justice, la concurrence implique trois ordres de considération: la publicité, la transparence et l'égalité.

⁴⁸ N° 58.

⁴⁹ N° 63.

Je les passe rapidement en revue pour m'attarder sur le troisième car c'est en partant du principe d'égalité que la Cour de Justice a été la plus créative dans le domaine.

A. La publicité

I.- Ce premier vecteur de la concurrence a été très tôt retenu car il débouche nécessairement sur une mise en compétition du marché concerné et donc sur une remise en cause des „chasses-gardées” nationales.

„La finalité des règles de publicité est d'informer en temps utile tous les soumissionnaires potentiels au niveau communautaire sur les points essentiels d'un marché afin qu'ils puissent présenter leur offre dans les délais”⁵⁰.

II. - Sans rentrer dans les détails de la réglementation, la publicité d'un marché s'effectue en substance en trois temps:

- une publicité préalable destinée à informer au minimum du lancement d'un marché et des conditions à remplir pour y participer: elle prend la forme d'un avis de marché;
- une publicité des opérations relatives à l'ouverture des offres, ce qui „permet aux fournisseurs potentiels de connaître l'identité de leurs concurrents et de vérifier s'ils répondent aux critères de sélection qualitative prévus”⁵¹;
- une publicité postérieure à l'attribution d'un marché: il s'agit de l'avis de marché passé.

III. L'évolution récente de la réglementation relative aux mesures de publicité se caractérise par leur renforcement, essentiellement sous trois angles:

1. Tout d'abord, un élargissement de ces mesures, d'une part, aux procédures restreintes et, d'autre part, aux procédures négociées.

⁵⁰ CJCE, arrêt 26 septembre 2000, *Commission c/ France*, C-225/98, pt 34.

⁵¹ CJCE, arrêt 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, C-359/93, pt 19.

2. Ensuite, un dispositif très détaillé des directives européennes, principalement quant aux informations à fournir et quant au délai à respecter. C'est qu'en effet, outre son existence, une bonne publicité requiert que le marché concerné et ses conditions soient portés adéquatement et durablement à la connaissance des soumissionnaires potentiels. Ainsi, la directive 2001/78⁵² et ensuite le règlement 1564/2005 du 7 septembre 2005⁵³ ont imposé l'utilisation obligatoire de formulaires standard très précis pour les avis de marché. Ces informations sont jugées par la Cour comme "des mentions obligatoires et inconditionnelles" qui ne bénéficient d'aucune possibilité de dérogation⁵⁴.

3. Enfin, l'introduction des moyens électroniques en vue de la communication des avis de marché, du dépôt des candidatures et des offres, et de la passation du marché⁵⁵.

B. La transparence

La transparence est le prolongement naturel de la publicité; elle induit toutefois des éléments supplémentaires d'une concurrence effective, à savoir des règles en matière d'information et de motivation.

I. En matière d'information, on peut relever deux modalités principales:

⁵² Cette directive a été transposée en droit belge par l'arrêté royal du 22 avril 2002 pour les marchés publics au-dessus des seuils européens (*Monit.* 30 avril 2002) et par l'arrêté royal du 29 février 2004 pour les marchés publics sous les seuils européens (*Monit.* 8 mars 2004).

⁵³ Ce règlement européen a été transposé en droit belge par l'arrêté royal du 12 janvier 2006 en vigueur au 1^{er} février 2006 (*Monit.* 27 janvier 2006, 2^{ème} éd.).

⁵⁴ CJCE, arrêt 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, C-359/93, pt 18 à 22; arrêt 5 octobre 2000, *Commission c/ France*, C-337/98, pt. 85.

⁵⁵ En droit belge, voir les articles 81bis à 81 quinquies de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 introduits par l'arrêté royal du 18 février 2004, en vigueur le 1er mai 2004 (*Monit.* 27 février 2004).

1. L'information préalable et complète des conditions du marché (clauses techniques et administratives, sur les critères de sélection et sur les critères d'attribution). Elles fixent en effet les règles du jeu et donc le cadre dans lequel les candidats et les soumissionnaires vont se concurrencer.

2. Une information pour ceux qui "quittent la procédure". Elle se décline en deux temps:

- une information d'office et dans les moindres délais des candidats non sélectionnés, dont l'offre a été jugée irrégulière ou dont l'offre n'a pas été choisie par le pouvoir adjudicateur;

- une communication des motifs de non sélection, d'éviction ou de la décision d'attribution du marché sur demande écrite dans un délai maximal de 15 jours après réception de la demande écrite.

II. L'obligation de motivation formelle est étendue aux différentes décisions intervenant au cours du processus: choix de la procédure; arrêt du cahier spécial des charges du moins dans ses clauses dérogatoires au cahier général des charges; sélection des candidatures; irrégularité des offres; décision d'attribuer le marché, de ne pas l'attribuer ou de le recommencer.

A cet égard, il importe de rappeler que cette exigence implique d'indiquer les considérations de droit et de fait de nature à justifier la décision à la fois dans le corps de la décision (pas de motivation par référence) et au moment de la prise de décision (pas de motivation a posteriori).

III. On peut également relever l'application des législations relatives à la transparence administrative dont découlent des droits fondamentaux comme ceux permettant de consulter des documents et d'en demander une copie. Si ces droits connaissent des exceptions tenant notamment au secret des affaires, ils ont été jugés dans certaines affaires retentissantes en Belgique comme permettant aux soumissionnaires inquiets ou avertis un accès, en cours de procédure d'attribution d'un marché, aux documents d'analyse des offres préalables à l'attribution dudit marché et, à la

suite de cette consultation, un dépôt d'un mémoire justificatif des mérites de leur offre⁵⁶.

IV. Au-delà de ces règles particulières prévues par les directives européennes ou les législations nationales, il faut souligner que la Cour de Justice a mis en exergue le principe général de transparence.

Il s'ensuit que le principe de transparence doit imprégner non seulement l'interprétation des dispositions des directives mais aussi l'ensemble des étapes de la procédure d'attribution d'un marché public à la fois dans le chef de l'autorité adjudicatrice et dans le chef du censeur qu'il soit administratif, financier ou juridictionnel.

C. L'égalité

I. Contenu général du principe

A titre liminaire, il convient de préciser que le principe d'égalité de traitement, dont l'article 12 du traité CE est une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction que la nationalité, aboutissent en fait au même résultat.

Dans la matière des marchés publics, ce principe ainsi largement entendu implique de manière générale que „les soumissionnaires doivent se trouver sur pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur”⁵⁷. La procédure d'attribution d'un marché public „doit dès lors respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la

⁵⁶ Voy. en ce sens l'ordonnance du 14 février 1997 du Président du Tribunal de première instance de Namur dans la deuxième affaire des „bus wallons”; Prés. Trib. 1^{ère} instance de Bxl, 21 septembre 1998, *Arte et alii c/ Ville de Bruxelles*.

⁵⁷ Arrêts 18 oct. 2001, *SIAC*, précité, pt 34; *EVN et Wienstrom*, précité, pt 47; *ATI EAC*, précité, pt 22.

formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres⁵⁸, et non pas seulement à partir du moment où une entreprise a déposé une offre. De la sorte, ce principe prescrit également que „les conditions de fond et de procédure concernant la participation à un marché doivent être clairement définies d'avance⁵⁹”.

II. Consécration normative

Le principe d'égalité est consacré expressément dans certains textes normatifs, qu'ils soient de droit interne ou de droit communautaire. On peut ainsi en relever quatre expressions:

A. La non-discrimination dans les documents du marché:

Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus, de manière générale, de prévoir dans les documents du marché des clauses non discriminatoires qui ne constituent pas une entrave à la libre circulation des personnes, des services, des biens et des capitaux.

Ainsi sont prohibées:

- toute clause basée sur la nationalité, c'est-à-dire toute clause qui avantagerait ou défavoriserait les travailleurs, les entrepreneurs, les sociétés ou les prestataires d'un Etat membre par rapport aux ressortissants d'un autre Etat membre possédant la même qualification ou les mêmes compétences.

- ou des spécifications techniques qui conduiraient à privilégier un produit déterminé, comme la mention de produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou une firme déterminée, comme des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises. Il s'agit d'éviter des clauses de préférence nationale ou régionale.

⁵⁸ Arrêts 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique*, C-87/94, pts. 51-52; 5 octobre 2000, *Commission c/ France*, aff. jtes C-285/99 et C-286/99, pts. 107 à 109; 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, C-94/99, pt. 24; 12 déc. 2002, *Universale-Bau AG*, précité, pts 92 et 93; *EVN et Wienstrom*, précité, pt 56; T.P.I., 25 février 2003, *Strabag Benelux*, T-183/00, pt 39.

⁵⁹ Arrêt 9 février 2006, *La Cascina*, précité, pt 32.

B. L'interdiction des ententes entre candidats ou entre soumissionnaires:

- par l'établissement d'une condition d'irrégularité substantielle d'une candidature ou d'une offre établie à la suite d'une entente;
- par la pénalisation des ententes.

C. La prévention des conflits d'intérêt

De manière générale, cette prévention peut prendre deux formes:

- soit des incompatibilités, c'est-à-dire des interdictions pour une entreprise de soumissionner, voire même de participer à une procédure de marché;
- soit des interdictions de délibérer ou de contracter au nom de la puissance publique en raison de conflits d'intérêt au sens large (intérêt personnel et direct dans les opérations considérées, liens de parenté etc.).

D. L'interdiction de toute modification en cours de procédure

1. Les documents du marché

Dans les procédures ordinaires de passation de marché, qu'elles soient ouvertes ou restreintes, les documents du marché, lorsqu'ils sont arrêtés et publiés, fixent définitivement les règles du jeu. Il ne peut être question pour le pouvoir adjudicateur de changer ces règles en cours de compétition, que ce soit le mode de passation choisi, les critères de sélection ou d'attribution ou les éléments fondamentaux du marché.

2. Les offres

Il en va de même des offres. Dans le cadre des procédures ouvertes ou restreintes, les termes du marché sont fixés dès l'expiration de la date limite de dépôt des offres.

Les soumissionnaires ne peuvent plus changer ou compléter le contenu de leur offre. En effet, en principe, la régularité des soumissions doit s'apprécier sur la base des soumissions mêmes et

non pas à la lumière de déclarations complémentaires, à peine de violer le droit des soumissionnaires à l'égalité de traitement.

Le pouvoir adjudicateur ne peut non plus demander, suggérer ou obtenir des amendements aux offres déposées.

III. Consecrations pretoriennes

Le juge européen ne s'en tient pas là. Au-delà de ces consécrationes normatives expresses, la Cour de Justice a en effet régulièrement utilisé le principe de l'égalité de traitement comme un cheval de Troie en vue de s'immiscer au sein même des forteresses nationales et oeuvrer ainsi à vaincre les réticences nationales à l'ouverture des marchés publics et à leur mise en concurrence. D'abord en interprétant les directives (A); ensuite, en comblant leurs lacunes (B); en outre, en soumettant à certains principes les marchés et les contrats non visés par les directives (C). Le juge interne n'a pas manqué de s'aligner sur cette voie ainsi tracée.

A. Interpréter les directives marchés

La juridiction européenne s'est référée au principe d'égalité de traitement pour dégager une interprétation autonome des directives marchés, ce qui lui a permis de développer, à propos de certains concepts, une interprétation extensive et fonctionnelle.

B. Comblar les lacunes des directives marchés

La Cour a apporté, à l'aune de ce principe, des réponses à des situations qui ne trouvaient pas d'écho dans une disposition spécifique ou explicite des directives marchés. Tel est le cas notamment:

- en matière de critères de sélection: l'obligation d'assurer une publicité préalable aux critères de sélection des candidats dans le cadre d'une procédure restreinte, de même qu'à leur pondération, les directives ne prévoyant explicitement cette publicité que pour les critères d'attribution;

- les critères qui peuvent être retenus en vue de l'attribution d'un marché public à l'offre économiquement la plus avantageuse (procédure d'appel d'offres), dès lors que les directives ne les énumèrent pas de façon limitative: les critères doivent être liés à l'objet du marché; ils doivent être précis, clairement définis, objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres; leur pondération éventuelle doit être publiée; et leurs conditions de mise en oeuvre doit être connue, comme par exemple le système de notation ou leurs éléments d'évaluation;
- et les modalités de renonciation à une procédure de passation d'un marché public, les directives marchés ne comportant aucune disposition spécifique relative aux conditions de fond ou de forme de cette décision.

C. Quid des marchés publics non soumis aux directives?

Le juge européen s'est également saisi du principe d'égalité de traitement pour soumettre certains marchés qui se situent hors du champ d'application des directives à certains principes issus du Traité de Rome lui-même.

Ainsi en va-t-il pour les concessions de service public ⁶⁰, pour les marchés publics dont la valeur se situe sous les seuils financiers européens ⁶¹ et pour les marchés de services non prioritaires ⁶².

⁶⁰ C.J.C.E., 7 déc. 2000, *Telaustria e.a.*, C-324/98; 30 mai 2002, *Buchhändler-Vereinigung GmbH e.a.*, C-358/00; 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, pts 9 et 16; 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, pts 42 et 46; 20 oct. 2005, *Com. c. France*, C-264/03, pts 32-33; 27 oct. 2005, *Contse*, C-234/03, pt 23; 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, pts 17 à 21; 6 mars 2007, *Placanica*, C-338, 359 et 360/04; 13 sept. 2007, *Com. c. Italie*, C-260/04.

⁶¹ C.J.C.E., 3 déc. 2001, *Vestergaard*, C-59/00, pt 21, *Rev. Dr. Union Europ.*, 2002, p. 157, note R. Klages; 20 octobre 2005, *Commission c/ France*, C-264/03; 14 juin 2007, *Medipac-Kazantzidis*, C-6/05, pt 33; 18 déc. 2007, *Empresas*, C-220/06, pts 71 à 73; 18 déc. 2007, *Com. c. Grèce*, C-481/06, pt 13.

⁶² C.J.C.E., 13 nov. 2007, *Com. c. Irlande*, C-507/03, pts 23 à 34; 29 nov. 2007, *Com. c. Italie*, C-119/06, pts 63 et 64.

A travers ces différents arrêts, la Cour a dégagé des normes minimales de transparence et de non-discrimination qui doivent s'appliquer aux marchés non soumis aux directives, pour autant qu'ils présentent un intérêt „frontalier certain”, c'est-à-dire un intérêt potentiel pour les opérateurs économiques situés dans d'autres Etats membres. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus, en vertu du Traité instituant la Communauté européenne,:

- 1) de prévoir dans les documents du marché des clauses non discriminatoires qui ne constituent pas une entrave à la libre circulation des personnes, des services, des biens et des capitaux,
- 2) de réserver à ces documents une publicité adéquate,
- 3) et d'assurer la transparence de la procédure d'examen des soumissions ainsi que des décisions prises au terme de cette procédure.

Tous ces éléments ont été repris dans une communication interprétative de la Commission du 24 juillet 2006.

De l'avis de la Commission ⁶³, le régime qui découle des dispositions pertinentes du Traité peut être résumé dans les obligations suivantes:

- fixation des règles applicables à la sélection du partenaire privé,
- publicité adéquate relative à l'intention d'octroyer une concession et aux règles présidant à la sélection afin de permettre un contrôle de l'impartialité tout au long de la procédure,
- mise en concurrence réelle des opérateurs potentiellement intéressés et/ou en mesure d'assurer l'accomplissement des tâches en question,
- respect du principe d'égalité de traitement de tous les participants tout au long de la procédure,
- adjudication sur la base de critères objectifs et non discriminatoires.

⁶³ Livre vert du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2004) 327 final.

D. Et après?

L'appréhension des contrats publics par le droit communautaire ne paraît pas devoir s'arrêter là et ce en raison de la logique qui est à la base du raisonnement du juge européen. Celui-ci peut être résumé comme suit: les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement des soumissionnaires sont des principes généraux de droit communautaire qui sont à la base du droit primaire et du droit dérivé; les directives mettent en oeuvre ces principes en imposant, notamment, certaines procédures de passation pour les marchés qu'elles visent; les marchés non ou partiellement visés par ces directives ne doivent pas obéir à ces règles de procédure mais restent néanmoins soumis aux règles fondamentales du droit communautaire.

Dès lors, il n'y a pas de raison que le raisonnement tenu par le juge européen s'arrête aux seules procédures de passation des seuls marchés publics non soumis aux directives. L'évolution prochaine, voire déjà contemporaine, nous paraît se profiler vers les deux champs suivants: d'une part, vers d'autres contrats publics que les marchés publics; d'autre part, vers tous les autres aspects des marchés qui échappent au champ d'application des directives, tels que la détermination de l'objet d'un marché ou d'un contrat public ou les clauses relatives à l'exécution des marchés ou des contrats publics ⁶⁴.

1. Vers d'autres contrats publics

Selon la Commission européenne, tout acte, notamment contractuel, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers doit être examiné à la lumière des règles et principes du traité ⁶⁵.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de faire appel à la concurrence chaque fois qu'un pouvoir adjudicateur confie à une entité distincte de ses

⁶⁴ Voy. à cet égard P. Cassia, „Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement”, *R.T.D. Eur.*, 2002, p. 413 à 449.

⁶⁵ Livre vert du 30 avril 2004, précité, p. 5.

propres services une mission de nature économique, ce qui couvre toute une série d'opérations contractuelles actuellement non visées par les directives marchés.

C'est sur cette base que le tribunal administratif de Nîmes a jugé qu' „une convention d'occupation du domaine public n'est pas exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité de l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats; elle ne peut être conclue sans formalité préalable de publicité et de mise en concurrence”⁶⁶.

2. Vers d'autres aspects que la passation

Pour la Commission, „l'objet d'un marché public ne peut être défini de manière à avoir pour objectif ou pour résultat de réserver l'accès au marché à des entreprises nationales au détriment de soumissionnaires d'autres Etats membres”⁶⁷. De même, précise la Commission, les clauses contractuelles d'exécution d'un marché public, lesquelles n'entrent pas dans le champ d'application des directives, „doivent respecter les règles et principes généraux du Traité, notamment le principe de non discrimination”⁶⁸. Plus récemment: „ces conditions et ces modalités d'exécution ne doivent pas avoir une incidence discriminatoire directe ou indirecte

⁶⁶ T.A. Nîmes, Société trains touristiques Eisenreich, 24 janvier 2008, n° 0620809, *A.J.D.A.*, 24 novembre 2008, p. 2172, note Dreyfus.

⁶⁷ Communication interprétative de la Commission européenne sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, COM(2001), 274 final du 4 juillet 2001, p.8; *Rev. Dr. Union europ.*, 2001/3, p. 731, note P. Brumter-Coret et N. Pourbaix. Voy. dans le même sens la communication interprétative de la Commission européenne sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM(2001), 566 final, *JOCE*, C 333, du 28 novembre 2001, p. 28.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 25.

ou entraver de façon injustifiée la libre prestation de services ou la liberté d'établissement"⁶⁹.

La Cour s'est à cet égard récemment prononcée sur deux aspects qui touchent à l'exécution des marchés publics, à savoir les modifications apportées à un marché public en cours d'exécution et la durée de conclusion d'un marché public⁷⁰.

Conclusion

Dans l'attente d'un code européen des marchés publics dont la vocation serait d'appréhender l'ensemble de la matière, voire d'un code européen des contrats publics, se fait jour petit à petit un principe général d'égal accès aux contrats publics, qu'il s'agisse ou non de marchés publics, lequel constitue une étape supplémentaire dans la construction du régime juridique des contrats publics.

Jusqu'il y a peu, l'accent en la matière était surtout mis sur les conséquences de la loi du changement sur les contrats publics dont découlent les pouvoirs de résiliation unilatérale et de modification unilatérale du contrat par la personne publique.

Dorénavant, il faudra également tenir compte d'un autre principe en la matière, qui découle d'ailleurs lui aussi d'une autre loi du service public, celle d'égalité des usagers, à savoir le principe d'égal accès aux contrats publics. Son affirmation présente l'avantage d'offrir une plus grande sécurité juridique dès lors qu'il s'applique à tout contrat public, ce qui évite de devoir s'interroger face à chaque catégorie de contrat public et de tordre la notion de commande publique pour y glisser des contrats que l'on souhaite soumettre à des règles de publicité et de transparence. En outre, il s'inscrit pleinement dans le droit communautaire.

En Belgique, l'émergence d'un tel principe est d'autant plus souhaitable qu'il contribuerait à accentuer la spécificité du contrat public par rapport au droit commun auquel celui-ci reste soumis en principe sauf intervention législative expresse.

⁶⁹ Livre vert du 30 avril 2004, précité.

⁷⁰ C.J.C.E., 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, C-454/06.

Partie III. Remise en cause du principe de neutralité de la commande publique

A. Contexte

L'apport des marchés publics dans l'économie est loin d'être négligeable. Ils représentent entre 11 et 20 % du P.I.B. selon les Etats de l'Union européenne. En 2004, ils ont pesé plus de mille milliards d'euros dans l'Union et près de 35 milliards d'euros en Belgique.

Ce poids économique important ne pourrait-il être utilisé au profit d'une politique de l'emploi ou de préoccupations environnementales ou encore d'un commerce plus équitable et plus éthique en introduisant, dans les cahiers spéciaux des charges, des éléments qui incitent, voire obligent, les pouvoirs adjudicateurs à „préférer” des entreprises candidates, des biens ou des prestations marqués du sceau de ces considérations sociales, environnementales ou éthiques?

Très longtemps, la réponse à cette question est restée négative. Pour deux raisons essentielles.

Tout d'abord, en raison de la conception purement budgétaire qui sous-tend à la base la commande publique: le seul but poursuivi lors d'un marché public est la réalisation du meilleur achat au meilleur coût. Les textes législatifs applicables reflètent d'ailleurs cet état d'esprit en retenant la notion d'offre „économiquement la plus basse” ou „économiquement la plus intéressante”, compte tenu des contraintes du marché, sans prendre en considération ses éventuels effets collatéraux. Le principe de base en la matière est la neutralité de la commande publique.

Ensuite, eu égard aux principes d'égalité et de non discrimination qui imprègnent le droit européen, lesquels impliquent de manière

générale que les soumissionnaires et les produits doivent se trouver sur pied d'égalité à tous les stades de la procédure d'attribution d'un marché public⁷¹. Il ne peut donc être question d'insérer dans les documents du marché des clauses de préférence nationales ou régionales ou des spécifications techniques en faveur de tel ou tel produit, même si le coût budgétaire est identique.

Le débat relatif à l'utilisation des marchés publics au service d'autres objectifs que la libre concurrence a toutefois évolué ces quinze dernières années sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes mais aussi et surtout des Etats membres de l'Union européenne. Il a d'abord eu pour enjeu les clauses sociales pour ensuite se porter sur les clauses environnementales et plus récemment sur les clauses éthiques voire équitables.

B. Exemples de Clauses

Ces clauses peuvent porter sur les conditions de travail ⁷²; elles se rattachent alors aux clauses dites „sociales”. Elles peuvent aussi avoir trait aux droits fondamentaux de la personne humaine⁷³; elles sont alors qualifiées de clauses „éthiques”. Enfin, elles peuvent imposer des normes en matière environnementale (pollution sonore, atmosphérique,...).

Elles revêtent généralement deux facettes.

⁷¹ Voy. Pierre NIHOUL, Les marchés publics dans l'Union européenne (2001-2002), *J.T.D.E.*, 2003, p. 264.

⁷² Comme le respect du principe de non-discrimination en matière de travail ou de rémunération, la prohibition du travail forcé ou du travail des enfants, ou la conformité des relations de travail aux Conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT).

⁷³ Comme se référer à la Convention européenne des Droits de l'Homme, au Pacte onuzien relatif aux droits économiques et sociaux, ou encore à l'interdiction de commettre des crimes contre l'humanité ou de pratiquer l'esclavage ou la torture.

Soit elles s'attachent à l'entreprise qui est candidate à l'attribution du marché public: les normes ou les valeurs à respecter doivent l'être par l'entreprise en général pour toutes ses prestations, quel que soit leur lieu ou leur objet, et pour toutes ses structures (filiales, usines,...); elles sont dites „générales" ou „universelles".

Soit elles se concentrent sur la prestation qui fait l'objet de la commande publique: il convient que le bien à acquérir ou le service à fournir soit réalisé dans les conditions sociales, environnementales ou éthiques requises, indépendamment des comportements adoptés par l'entreprise candidate à l'occasion d'autres prestations ou dans d'autres structures; elles sont dites „restreintes".

C. Réglementation

Quant à leur admissibilité d'un point de vue juridique⁷⁴, ces clauses doivent être analysées selon le statut qu'elles revêtent dans les documents du marché. Cinq situations peuvent se présenter au regard des règles relatives aux marchés publics⁷⁵.

1. Les critères de sélection qualitative ont trait à l'aptitude de l'entreprise candidate et comprennent des causes d'exclusion et des critères de capacité financière, économique et technique. Ces

⁷⁴ Sur leur légitimité et sur leur effectivité, voy. A. GOSSERIE, «Marchés publics, libre échange et clause éthique. A propos d'une initiative belge», <http://www.etes.ucl.ac.be>; M. VERDUSSEN, Marchés publics et Droits de l'homme, *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Briuylant, 2004, pp. 1139-1149.

⁷⁵ Signalons à cet égard qu'il faut combiner, depuis le 1er février 2006, les nouvelles directives européennes du 31 mars 2004 qui ne sont pas encore transposées en droit belge mais qui sont déjà directement applicables pour les marchés se situant au-dessus des seuils financiers européens et la loi belge du 24 décembre 1993 pour les marchés dont le montant est inférieur aux seuils financiers européens.

critères font l'objet d'une énumération exhaustive et limitative et ne permettent donc pas de tenir compte de considérations sociales, environnementales ou éthiques.

2. Les critères d'attribution varient selon les procédures.

Soit les offres en lice sont comparées au regard du prix le plus bas à l'exclusion de toute autre préoccupation (adjudication): cette procédure n'est pas par elle-même de nature à avantager les produits ou les prestations qui sont ici concernées dès lors qu'en raison des contraintes supplémentaires qui pèsent sur ceux-ci ou celles-ci, ils ou elles ne sont probablement pas les meilleurs marchés.

Soit l'offre est choisie au regard d'une série de critères objectifs et transparents fixés préalablement par l'autorité (appel d'offres). Ces critères sont énumérés par les directives européennes, lesquelles ne reprennent pas les clauses éthiques ou sociales contrairement aux caractéristiques environnementales. Cette énumération n'est toutefois qu'exemplative. Le pouvoir adjudicateur peut donc recourir à d'autres critères de comparaison des offres à condition qu'ils respectent le principe de non-discrimination, procurent un avantage économique au pouvoir adjudicateur et soient liés à l'objet du marché concerné.

Vu ces conditions très strictes, ces clauses ne sont admises comme critères d'attribution que si elles ont un caractère accessoire aux autres critères; toutefois, lorsque les offres sont équivalentes au regard des autres critères, elles peuvent faire la différence.

3. Les conditions d'exécution du marché ne président pas au choix du soumissionnaire.

Elles présentent le double intérêt, d'une part, de s'imposer à tous les candidats au marché - ceux-ci ne peuvent émettre de réserves à ce propos – et, dès lors, de respecter le principe d'égalité et, d'autre part, de ne pas être réglementées par les directives européennes, lesquelles ne s'attachent qu'aux conditions de passation du marché.

Les pouvoirs adjudicateurs sont donc libres de définir des exigences particulières concernant les modalités d'exécution du contrat. C'est donc à ce stade que l'on retrouve la plupart des clauses sociales, environnementales ou éthiques⁷⁶.

Toutefois, cette ouverture dans le dispositif légal doit être relativisée. En effet, de telles clauses ne peuvent pas être des critères de sélection ou d'attribution déguisés; en outre, elles doivent être formulées de telle sorte qu'elles aient un lien avec la performance ou l'exécution du marché. La Commission a ainsi estimé qu'une clause éthique selon laquelle „l'adjudicataire s'engage à n'exercer lui-même ou par le biais d'entreprises liées, pendant l'exécution du contrat, aucune activité commerciale dans” certains Etats, constitue en réalité une clause d'exclusion „du fait de sa formulation très générale, sans lien avec l'objet ni avec l'exécution du contrat, ainsi que du fait qu'elle vise la situation propre de l'adjudicataire” (DG Marché intérieur, lettre du 2 août 2001).

4. La réservation de marché consiste à ne permettre l'accès à la commande publique qu'à un public cible d'entreprises. Ce procédé n'est cependant actuellement prévu que pour les entreprises de travail adapté ou d'économie sociale d'insertion⁷⁷.

5. Les spécifications techniques déterminent les caractéristiques du produit ou du service commandé.

Elles touchent à la régularité des offres, les produits ou les services proposés devant s'y conformer pour que l'offre soit jugée régulière, et concernent donc toutes les procédures. Elles ne peuvent être discriminatoires, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises nationales ou à des produits particuliers. Sous cette réserve, le pouvoir adjudicateur est

⁷⁶ L'article 18bis, '1^{er}', de la loi belge sur les marchés publics, inséré par la loi du 8 avril 2003, y fait écho.

⁷⁷ La Belgique a été pionnière en la matière puisque, depuis le 27 avril 2003, l'article 18bis, § 2, de la loi sur les marchés publics prévoit cette possibilité pour les marchés sous les seuils européens. Elle est désormais reprise à l'article 19 de la directive 2004/18.

donc libre de définir l'objet du marché et, à cette occasion, de choisir un produit ou un service qui, tout en répondant aux besoins publics, pourra tenir compte d'autres impératifs, tels que les conditions de travail, la protection de l'environnement, le développement durable ou le commerce équitable.

Dans ce cadre, deux techniques sont utilisables:

* soit se référer à un label officiel, lequel n'existe pas encore pour le commerce équitable, les certifications actuelles émanant d'organismes privés;

* soit se référer à une marque de produit qui reflète cette préoccupation, comme Max Havelaar, pour autant que l'on y ajoute la mention „ou équivalent” comme l'exige la législation afin de permettre à d'autres opérateurs qui respectent cette spécification de pouvoir participer au marché⁷⁸.

D. Conclusion

La prise en considération dans les marchés publics des préoccupations sociales, environnementales, éthiques et du commerce équitable existe donc. Le bilan reste toutefois mitigé. D'une part, les possibilités offertes par les textes restent limitées et ont un impact accessoire quant au choix de l'entreprise. D'autre part, la pratique des pouvoirs publics ne reflète pas l'évolution du débat juridique.

⁷⁸ C'est dans ce cadre qu'une série de „Recommandations pour l'achat de produits plus respectueux de l'environnement et fabriqués dans des conditions socialement respectueuses” ont été mises au point; les prescriptions écologiques et éthiques qui y figurent ont été rendues obligatoires par une circulaire du 27 janvier 2005 pour les marchés de fournitures lancés par les autorités fédérales et relatifs à une dizaine de produits (fournitures de bureau; produits de cantine; fournitures papier; ...). Consultez le site www.guidedesachatsdurables.be.

EUROPEAN JUDICIARY

Prof. Dr. iur. Dres h.c.
Thomas OPPERMANN⁷⁹
Juristische Fakultät,
Eberhard-Karls-Universität
Tübingen, Deutschland

1. Importance of the European Judiciary

The European Union (EU) presents itself as a transnational Democracy which respects the rule of Law. For this very reason the EU **needs an independent Judiciary (“Third power”)**.

The EU is a „Union of Law” with an institution which interprets and applies the European Law in the last resort (Art. 220 ECT, Art. 19 TEU);⁸⁰ National courts of course have to observe the European Law as well as it is part of the domestic law of the Member States. If necessary they may ask the opinion of the European Court of Justice (ECJ) via preliminary rulings (Art. 234 ECT, Art. 267 TFEU, see beneath 3. d)). The ECJ solves conflicts between Member States and the Union or between organs of the EU. Citizens and enterprises of the Union may go before court if they consider to be treated unjustly by organs of the EC/EU.

⁷⁹ Prof. Dr. iur. Dres h.c. Thomas Oppermann, Juristische Fakultät, Eberhard-Karls-Universität Tübingen/Deutschland – Lecture, given May 22, 2009 at the National School of Political Studies and Public Administration, Bucharest/Romania (The Dialogues of EPLO at NSPSA), revised version (November 2009).

⁸⁰ Abbreviations: ECT = European Community Treaty; EUT = European Union Treaty; TEU = Treaty on the European Union (Lisbon version); TFEU = Treaty on the Functioning of the European Union (Lisbon version of the ECT).

Since 1953 the European Judiciary is headed by the **Court of Justice of the ECs** commonly called **European Court of Justice (ECJ)**. Since 1989 the Court is assisted by a **Court of First Instance („Tribunal“)**.

With the Lisbon Treaty coming into force December 1st 2009 the name of the ECJ changes: „Court of the European Union” =CEU (Art. 19 EU). The Court of First Instance will be called Tribunal. The ECJ/CEU has to be distinguished from the European Court of Human Rights (ECHR) in the framework of the Council of Europe at Strasbourg.

Furthermore since 2004 another special Tribunal for the numerous actions of the EC-civil servants against the EC/EU has been established. The Council, acting in a special procedure, may create other judicial panels for specific first-instance-cases (Art. 225a ECT = Art.257 TFEU). The ECJ/CEU may be attributed additional competences in the field of intellectual property (Art. 229a ECT = Art. 262 TFEU).

The seat of the ECJ/CEU and the Tribunal is **Luxemburg**.

The **workload** for the Court and the Tribunal is heavy. Each decides annually more than 400 cases. The judgments are published in all 21 official EU-languages in the **Official Reports (ECR)**. Part I: judgments of the Court, Part II: judgments of the Tribunal (for citation see at the end of this paper).

Since the fifties of last century, the ECJ has influenced heavily the understanding of European Law. A leading idea of its jurisprudence has often been to strengthen the authority of the „young” EC/EU in relationship to the Member States („**In dubio pro communitate**”). This tendency has been sometimes criticized as one-sided.

The **main rules** for the European Judiciary are:

ECJ/CEU: Art. 220-245 ECT = Art. 19 TEU, Art. 251 – 281 TFEU, Statutes and Rules of Procedure of the Court.

Tribunal: Art. 224-225 ECT = Art. 19 TEU, Art. 254- 257 TFEU; Rules of Procedure of the Tribunal.

2. Organisation of the Court

The ECJ/CEU consists of one judge per Member States i.e. today **27 judges**. This means a strong representation of judges from smaller Member States in the Court. The Court sits in chambers, in a Grand Chamber or as a full Court, in accordance with the rules laid down in the Statute.

The Judges are appointed by common accord of the governments of the Member States for a period of 6 years (Art. 223 ECT = Art. 19 TEU). The Lisbon Treaty creates a small „Committee of wise men” who shall assist the National Governments during the nomination process (Art. 255 TFEU). Re-appointment of judges is possible. They have to be **excellent lawyers** whose independence is beyond doubt. The judges are often former national judges, sometimes former politicians or university professors. The Judges are assisted in their work by young “Attachés”, an interesting position for bright young lawyers. The judges elect the **President of the Court** from among their members for a period of three years. Actual President is the Greek Judge *Wassilios Skouris*.

The Court is assisted by **eight Advocates-General** (Art. 222 ECT= Art. 252 TFEU). Their duty is to present in open Court and in complete impartiality and independence but with a „European spirit” **reasoned submissions** on cases which require their involvement. In many cases the Court follows the opinion of the Advocate General. The Advocates-General are appointed in the same way like the judges by the Governments.

The European Judiciary needs a **numerous Administration** (more than 1000 persons), mainly because of the requirements of interpreting and translating into the 21 EU-languages. A **Registrar** leads this body.

3. Jurisdiction of the Court

The Court ensures that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed (Art. 220 ECT = Art. 19 TEU). Its jurisdiction is obligatory (Art. 292 ECT = Art. 344 TFEU) i.e. parties cannot exclude the European Judiciary.

The Court has jurisdiction only in a specific number of actions (**Principle of enumeration**). Seen together the Court however disposes of a large field of activity.

The most important actions are:

(a) **Action brought by the Commission against a Member State** which has failed to fulfil an obligation under the Treaty (“Infringement procedure” – Art. 226 ECT = Art. 258 TFEU).

After unsuccessful informal negotiations between the Commission and the Member State the Commission delivers a „reasoned opinion” on the matter and communicates it to the Member State concerned. The State then has the opportunity to submit its observations to the Commission. If finally the Member State does not comply with the opinion of the Commission the latter „may” (still discretion!) bring the matter before the Court

The majority of alleged breaches are resolved via negotiations between the Commission and the Member States without the necessity to go before the Court (For instance year 2000: 460 reasoned opinions but only 172 referrals to the ECJ).

(b) **Actions to annul Community Acts** („Judicial Review” – Art. 230-231 ECT = Art. 263-264 TFEU). There are three forms of this kind of action :

(aa) **Action brought by a Member State** against the Council, the Commission, the European Parliament or against the European Central Bank on grounds of lack of competence to enact a norm or of infringement of the Treaty or of secondary Law or on some other grounds.

(bb) **Actions of one organ against another** (for instance Council against Commission) on grounds of infringement of the rights of the organ.

(cc) **Action brought by natural or legal persons** against decisions and certain regulations, if the persons are „**directly and individually**” concerned by the act. The interpretation of this clause presents many difficulties. The natural or legal persons may come from inside or outside the EU (for instance a Japanese importer). This action plays an important role in the practice of the Tribunal and the Court.

(c) **Action against institutions for failure to act** (Art. 232 ECT = Art. 265 TFEU). A Member State or an EU-organ may bring an Action before the ECJ/CEU if the European Parliament, the Council or the Commission fails to act in infringement of the Treaty. In practice this action almost never takes place.

(d) **Preliminary Rulings of the ECJ/CEU** (Art. 234 ECT = Art. 267 TFEU). Courts or tribunals (including arbitration panels, insurances offices) of a Member State may (in some cases shall) request the ECJ/CEU to give a preliminary ruling in national cases on problems of the **interpretation of the Treaty** or on the validity and interpretation of secondary law relevant to the case. The purpose of the preliminary rulings is to create a uniform interpretation and application of the European Law all over the Union. The ruling of the Court is **binding** for the national case but has practically „erga omnes” effects. The preliminary rulings are of **high importance** for the valid interpretation of the EU-law. National Courts or tribunals make often use of Art. 234 ECT. So far the ECJ has given more than 3.000 preliminary rulings.

(e) The ECJ/CEU has jurisdiction for a number of **other actions**, for instance on the contractual and non-contractual liability of the Community (Art. 288 ECT = Art. 340 TFEU), on actions of European civil servants against the EC (Art. 236 ECT = Art. 270 TFEU), on arbitration clauses or special agreements between parties (Art. 238, 239 ECT = Art. 272, 273 TFEU).

4. Proceedings before the Court

The **choice among the EU-languages** in the proceedings before the Court is of high practical importance. This concerns the translation of the written materials as well as the interpretation of oral addresses to the judges. The **plaintiff** has the right to choose the language used in his case. Normally a German plaintiff will choose German etc. The internal deliberations among the judges are being held for traditional reasons in **French**. This may be a handicap for some new judges who do not yet speak French. They are forced to learn this language in a short time. As the judges read the written pieces only in the French translation prepared by the linguistic services of the Court is it advisable for the parties to express themselves in a clear and understandable way.

There is a **written and an oral part** of the proceedings following the Rules of Procedure. However in many cases parties do without oral hearings.

The action and the answer of the defendant have to be submitted in certain time-limits (usually one or two months). Interested third parties (for instance Member States) are allowed to accede to the proceeding.

After the exchange of the written pleadings (which may take one or two years) the **oral hearings** take place. One of the judges reports the case, the lawyers of the parties give their pleadings and the Advocate General presents his **reasoned submission**. There is almost never a hearing of evidence. The Court always finds reasons to stick to the purely legal side of the case. The **judgment** follows after a certain time (often many months). Member States, EC-institutions or natural and legal persons have to comply with the judgment (Art. 228, 233 ECT = Art. 260, 266 TFEU). If a Member State has not taken the necessary measures the ECJ may impose a **lump sum or a penalty payment** on this State (Art. 228. (2.) ECT = Art. 260 (2.) TFEU). Judgments which impose after further informal proceedings a pecuniary obligation are enforced by the national rules of civil procedure (Art. 244, 256 ECT = Art. 280, 299 TFEU).

For specific actions, i.e. preliminary rulings, special procedures are foreseen.

Judgments of the Tribunal are subject to **a right of appeal to the ECJ/CEU** but on points of law only (Art. 225 ECT = Art. 256 TFEU).

Despite its heavy workload the ECJ succeeds in finishing most of the cases in about two years.

Given all these numerous actions one has to remember yet that the great majority of conflicts between the EC/EU and its Member States and other plaintiffs does not go to the Court but will be settled beforehand by **friendly negotiations** often due to the excellent quality of EC's legal service.

5. The Tribunal (Court of First Instance)

The Tribunal **has been set up in 1989** in order to reduce the workload of the Court. In the meantime the Tribunal itself has to deal with a very high number of actions (400 and more per year) put before it.

The **organisation of the Tribunal** is similar to the Court (Art. 224 ECT = Art. 254 TFEU; Decision of the Council of 24 October 1988). The Tribunal consists of 27 judges but knows no Advocates-General. **Its jurisdiction is limited.** Above all the Tribunal decides in first instance on actions brought by natural and legal persons in **matters of competition and dumping** and furthermore on **damages** resulting of the non-contractual liability of the Community/Union. These actions often concern cases with enormous **factual background**. As already said the judgments of the Tribunal are subject to a **right of appeal** to the ECJ/CEU restricted on points of law.

6. Concluding remarks

European law is binding in all Member States i.e. binding all national authorities, courts and citizens. National judiciary therefore has to observe EU-law. If there is no jurisdiction of the

ECJ/CEU or of the Tribunal **national Courts and Tribunals** are entitled to decide independently. They may however ask the ECJ for a preliminary ruling (see above).

7. Citation of Judgments in the official reports (ECR)

Examples:

- „Francovic and Bonifaci”⁸¹ (Cases C-6 and 9/90)⁸² (1991)⁸³ ECR I-5337⁸⁴;
- „Jégo-Quééré” (Case T-177/01)⁸⁵ (2002) ECR II-2365⁸⁶.

8. Literature

Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, 2006

Karen Davies, *Understanding European Law*, 3rd edition, 2007, pp. 79-106

Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, 5. Aufl. 2009, S. 114 ff., 249 ff.

⁸¹ Unofficial keyword for the case.

⁸² Current numbers in the yearly register of the Court (=C).

⁸³ Year of the volume of the Report.

⁸⁴ I = Judgment of the Court, 5337 = first page of the judgment in the Report.

⁸⁵ T = Tribunal.

⁸⁶ II = Judgment of the Tribunal.

THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

Dr. Helena RAULUS

Lecturer in European Law,
Rotterdam Erasmus School of Law

1. Introduction

There have recently been major developments in relation to fundamental rights protection in the European Union. With the entry into force of the Treaty of Lisbon on 1 December 2009 the Charter of Fundamental Rights has become binding on the Union. This gives the Union for the first time a binding set of fundamental rights.⁸⁷ Furthermore, the new Treaty on European Union (TEU) obliges the Union to accede to the European Convention on Human Rights (ECHR),⁸⁸ which will give another binding framework of human rights for the Union through the ECHR system and potentially helps to solve the relationship of the rights protected under the Convention with the Union fundamental rights. In parallel, there have been developments in relation to the Union acting in external field. In the case of *Kadi*⁸⁹, the Court of Justice has pronounced on a new approach or doctrine whereby when implementing international obligations the Union must respect its own system of fundamental rights.

These developments, while generally accepted and welcomed, have also raised concerns on part of some Member States. Mainly,

⁸⁷ See new Article 6 Treaty on European Union (TEU), [2010] OJ C83/01; and for the Charter of Fundamental Rights see OJ [2010] C83/389.

⁸⁸ Article 6(2) TEU.

⁸⁹ *Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Union* [2008] ECR I-6351.

there has been the concern that the Charter will give the Union and the Court of Justice the power to judge the protection of human rights in internal Member State action. The UK and Poland have already negotiated Protocols into the Treaties under which they are trying to ascertain that the Charter and the Union fundamental rights are not being applied in their internal action.⁹⁰ Furthermore, to secure the final ratification by the Czech President Klaus, he was given a promise that the Czech Republic can adopt a similar clause in the next Treaty amendment.⁹¹

It can be legitimately asked: what does this new system of binding fundamental rights mean for the Union and the Member States? Do these developments mean that the Union's role in protection of fundamental or human rights is strengthened and a new mechanism is created to monitor human rights violations by the Member States? Is the Union becoming a watch-dog over also human rights policies of the Member States?

It is argued here that this is not the case. The Union is not becoming a human rights organisation monitoring and working in parallel with the ECHR system to assess human rights situation of the Member States. Rather, through these developments, the Union is gaining its own set of fundamental rights, akin to constitutional rights in national legal systems, which operate within the autonomous Union legal order. As will be seen, the Union fundamental rights are mainly applied in relation to the Union institutions and to the Member States only when they are acting within the scope of Union law. It is therefore concluded that by creating a clearer set of rights and values that bind the Union, the Charter and these other developments contribute to the maturing of the Union legal order where the Union fundamental rights can be seen as part of the Union constitutional system.

⁹⁰ Protocol No 30 on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom, attached to the Treaty of Lisbon

⁹¹ See European Council conclusions, 29/30 October 2009, 15265/1, paragraph 2. Also reported by the Financial Times on 29 October 2009, „Czechs given opt-out to spur Lisbon deal”, by Tony Barber, the next amendment is likely to be the accession of Croatia into the Union.

2. Background: The ECJ Developed Rights

Originally the Treaty did not contain any references to fundamental rights.⁹² The protection of fundamental rights in Community law was not considered to be important. The Monnet method⁹³ stipulated that it would be easier to start integration with topics that are less controversial rather than on heavy political issues. Therefore, at the start of the European Economic Communities (EEC) we find integration that is concentrated on economic issues, bringing down the trade barriers and merging the economies of the Member States, where the negotiating Member States considered that human rights considerations do not arise. Furthermore, the EEC Member States had already previously invested with other European States in creation of the Council of Europe and the ECHR⁹⁴ which was and still is considered to guarantee the human rights standards in Europe.

However, already in the late 1960s conflicts between Community law and national constitutional provisions started arising. Community law created new types of rights and obligations, ones that had direct impact on individuals. In addition, the Court of Justice had already established the new, autonomous legal order through supremacy⁹⁵ and direct effect.⁹⁶ According to these twin

⁹² The only exception was the right to equal pay between men and women, see Treaty of Rome, Article 119 EEC, now to be found from Article 157 TFEU. The main reason for this provision was economic though French law already included the principle on equal pay and France did not want to give unfair advantage for the other Member States who did not apply the same principle

⁹³ Named after Jean Monnet, Commissioner General of the French Planning Board, who presented the original plan to start building European federal state through integration of coal and steel economies

⁹⁴ Both the Council of Europe and the EEC were established in the aftermath of the World War II. The Council of Europe was established in 1949 and the ECHR was agreed in 1950. The European Coal and Steel Community was established in 1952 and the EEC was set up with the 1957 Treaty of Rome setting the foundations for the present Union.

⁹⁵ *Case 6/64 Costa v ENEL* [1964] ECR 585.

⁹⁶ *Case 26/62 Van Gend en Loos* [1963] ECR I.

principles, it is not for the national constitutional legal order to decide how Community, or now Union, law is to be applied, but rather it is the Community or Union legal order itself that decides when and how it is to be received by the national legal orders (direct effect) and how to deal when there is a conflict between national legal provisions and Community or Union law (supremacy). These are the two basic constitutional principles on application of Community or Union law in national legal systems, and they set aside the national (constitutional) norms on reception and priority setting of foreign norms. These principles are important to ensure that Community or Union law is applied uniformly throughout the Community area, that each individual or entity can rely on a same set of rights and obligations directly in front of the national courts and if there is to be a conflict, providing the rule that the national courts are to set aside the conflicting national provisions.

What could obviously be seen as problematic for the national courts was supremacy as it requires setting aside national law that is conflict with Community or Union law. It was only a matter of time that there arose a conflict between Community legislation and national constitutional provisions protecting fundamental rights.⁹⁷ Here, the Court of Justice was faced with a dilemma: the Community legal order did not contain fundamental rights protection because the Treaty was silent on fundamental rights, and, yet, it could be perceived that if it were to uphold the supremacy of Community law over national constitutional provisions protecting fundamental rights without allowing for a special position of the fundamental rights recognised, this could jeopardise the uniformity, not to mention the acceptance of the supremacy and reception of Community law in the national legal systems, the very thing that the Court was trying to achieve. Simply put, this solution would not have been easily accepted by the national courts and they could have started rejecting the autonomous legal order.

⁹⁷ *Case 29/69 Stauder v City of Ulm [1969] ECR 419* was the first case where the Court recognised the existence of fundamental rights protection in the Community legal order, see below for a further comment.

The Court was, of course, also faced with a choice on how to answer the dilemma: either to grant exception to supremacy of Community law for national constitutional provisions protecting fundamental rights or to create a uniform set of fundamental rights to be applied in the context of Community law. If the Court were to allow the Member States' courts to uphold their own fundamental rights protection, this could have led to fragmentation and undermining the uniformity of Community law.⁹⁸ As consequence the Court chose the latter option, to create uniformly applicable principles on fundamental rights for the new legal order. The Court declared that fundamental rights are „enshrined in the general principles of Community law and protected by the Court”.⁹⁹ Fundamental rights were „inherent part”¹⁰⁰ of the Community legal system. The Court subsequently confirmed as its reasons that the uniformity of Community law must be guaranteed in the Community legal system.¹⁰¹ Against this background the Court of Justice started to develop the common fundamental rights, which naturally were applicable only within the autonomous legal order, in cases where Community law itself raised questions on the application of fundamental rights.

Subsequently, in the legislative field there were also developments in fundamental rights. To start with we find inter-institutional agreements and soft law adopted by the Community institutions.¹⁰² Only with the adoption of the Treaty on European

⁹⁸ *Case 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR, see especially paragraph 3.

⁹⁹ *Stauder v City of Ulm*, *op. cit.* n. 11, paragraph 7.

¹⁰⁰ *Ibid.*, paragraph 4.

¹⁰¹ *Internationale Handelsgesellschaft*, *op. cit.* n. 12, paragraph 3.

¹⁰² For example, the 1977 Joint Declaration of the Parliament, Council and the Commission [1977] OJ C103/01, another Joint Declaration of 1986, Declarations and Resolutions on Racism and Xenophobia by the European Council, Declaration of Fundamental Rights and Freedoms by the European Parliament in 1989, see also Craig and deBurca, *EU Law, Texts, Cases and Materials*, (2008) 4th Ed., OUP.

Union in 1992¹⁰³, the Member States inserted to the Treaty a new Article declaring that the Union is founded on principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and that the Union shall respect those rights as manifested in the national constitutional traditions and ECHR.¹⁰⁴ While this provision did not elaborate any further what the content of those protected rights was, this was a direct confirmation that the Union is bound by fundamental rights, and, of the Court of Justice's position on what are the sources of these common fundamental rights.¹⁰⁵

In the end, it proved to be very difficult to adopt a common text on what those rights are more precisely. The subsequent Treaty amendment by the Treaty of Amsterdam in 1997¹⁰⁶ further strengthened the status of fundamental rights in stating that the Union is to respect these rights,¹⁰⁷ however, it was not until a Convention¹⁰⁸ was set up to draft the Charter of Fundamental Rights, that we find a more detailed set of rights and values for the Union. Yet, despite having agreed to the principles set out in the Charter, at the adoption of the Treaty of Nice in 2001,¹⁰⁹ the

¹⁰³ Entered into force on 1 November 1993, this the so-called Maastricht Treaty.

¹⁰⁴ See Article F(2) of the Treaty on European Union as adopted by the Treaty of Maastricht.

¹⁰⁵ *Internationale Handelsgesellschaft*, paragraph 4, op.cit. n. 12, established the principle that the fundamental rights can be derived from national constitutional provisions; *Case 4/73 Nold v Commission [1974] ECR 419*, paragraph 13 is the authority that international human rights agreements to which the Member States are parties are also a source. The ECHR was first recognised in *Case 36/75 Rutili v Minister for Interior [1975] ECR 1219*, paragraph 32.

¹⁰⁶ Entered into force on 1 May 1999.

¹⁰⁷ See Article 6(2) TEU as after the Treaty of Amsterdam.

¹⁰⁸ Established by the Cologne European Council 1999, see European Council Conclusions 3-4 June 1999, Annex IV.

¹⁰⁹ Entered into force on 1 February 2003.

Intergovernmental Conference still left the Charter's status unbinding.¹¹⁰

In addition to the above mentioned relevancy considerations and political considerations on the difficulties of agreeing on a common set of fundamental rights, the Member States were cautious about giving the Union a more independent mandate in protection of fundamental rights because of the evolution of the Community legal system into a separate, autonomous legal order which has a strong enforcement system. By not giving the Community, or the Union, its own set of fundamental rights, the Member States were restricting the Court of Justice from stepping into the field and starting to set the level of fundamental rights protection for the Member States. The perceived danger was that the Court would take those rights as part of the integration agenda and strike down national policies which were in breach of those rights, potentially affecting many areas or policies that would have otherwise been left for the Member States under the Treaties.¹¹¹ In addition, there could have been a spill-over effect through the application of direct effect and supremacy. National courts could have started to judge the national action against the common fundamental rights standards, helping with this push of the integration to yet another level. When fundamental rights were simply determined by the Court of Justice, they could clearly be applied only in cases where the Community or Union law was being applied more generally, and this kind of worries did not necessarily arise. The Court did not have an independent mandate in fundamental rights protection which could be extended to be applied vis-à-vis Member States.

¹¹⁰ The Constitutional Treaty would have changed the Charter into a binding document, however, since the Treaty failed on ratification, it will not be considered here any further.

¹¹¹ For example, see the House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007 – 2008, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, paragraphs 5.24 – 5.36 where the House of Lords discusses the right to free education and right to collective bargaining and action, both being very controversial for the UK.

3. Scope of Fundamental Rights in the Union and New Article 6 TEU – Any Changes

As stated in the introduction, the main change in the new Article 6 TEU is that it now incorporates the Charter into the Union legal framework and gives the Union for the first time a binding set of fundamental rights. This raises a question whether there is a change in the role of the Union in protection of fundamental rights from the previous one where the Court of Justice is enforcing and developing the common fundamental rights only within the framework of Union law to one where the Union has now an independent mandate in the fundamental rights protection. Article 6 TEU recognises the Charter as having the same legal value as the Treaties so does it mean that it also has the same function as the other Treaty provisions in giving legislative power for the Union or in creating directly enforceable rights which the Union as well as its Member States must respect?

Even though the Charter is recognised as having the same legal value as the Treaties, there are some crucial differences to other Union law provisions which limit the scope and application of the Charter. First, Article 6 TEU itself further states that the Charter does not create any new tasks or new competences for the Union.¹¹² This is, furthermore, repeated in Charter Article 51(2) that „the Charter does not extend the field of application of Union law beyond the powers of the Union or establish any new power or task for the Union, or modify powers and tasks defined in the Treaties.”

When we explore the competences and tasks of the Union, we can see that whilst the Union is “founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights”¹¹³ and the Union’s aim is „to promote peace, its values and the well-being of its peoples”, the way that the Union is to achieve these is through integration in more specific policy areas. These are the actual aims and purpose of the Union. Further look into Article 3 TEU reveals that the aims

¹¹² Article 6(2) TEU.

¹¹³ Article 2 TEU.

relate to the establishment of the internal market, area of freedom, security and justice, economic and monetary union or external policy that upholds or promotes the Union's values and contributes to the protection of the Union's citizens. The crucial point here is that Article 3 sets the core policy areas or tasks of the Union, the "active policies"; whereas the values remain „passive policies”, they are to be respected and further strengthened through the Union taking an action in these core policy areas. The values only come into play when the Union is authorised to act under the active provisions. The protection of fundamental rights is neither mentioned anywhere in the Treaty as a general aim of the Union or nor a basis for Union legislative action.¹¹⁴ This means that the rights contained in the Charter also remain passive in nature, they only operate in conjunction with active Union policies.

What Article 6 TEU is trying to establish in this context is the limitation that the Charter cannot be used in itself as a basis for Union action, it does not create the so-called internal competence for the Union.¹¹⁵ Namely, the Charter does not create a new policy area for the Union or give active powers for the Union to adopt policies in fundamental rights. Simply put, this means that the Union cannot legislate on basis of the Charter alone.

This is supported in that the Charter does not contain any provisions on how to adopt further legislation, what legislative procedures should be used to create these common policies. The Treaty provisions always set out how the Union is to adopt its common policies, how to enact secondary legislation. There are several legislative procedures for the adoption of new acts and the Treaty always prescribes the procedure to be used in specific instances.¹¹⁶ Without having a legislative procedure, it is impossible to know how to adopt new legislation.

¹¹⁴ With the exception of the humanitarian aid policy, see below Section 7.

¹¹⁵ See also below Section 6 for *Opinion 2/94* on the Accession of the Community into the ECHR [1996] ECR I-1759 where the Court had also considered that there is no internal competence and, correspondingly, external competence to adopt independently human rights policies.

¹¹⁶ The position and powers of the institutions vary according to the procedure used. For instance, in the ordinary legislative procedure the

For instance, both in the Charter and the TFEU we find provisions on prohibiting discrimination on basis of gender, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. Charter Article 21(1), whilst it provides for the principle, does not give any indication how the Union could legislate in the area,¹¹⁷ and therefore the Union is not capable of acting on basis of this provision alone. Then, if one looks at Article 19 TFEU, it specifically prescribes for a legislative procedure on basis of which the Union can adopt further anti-discrimination measures.¹¹⁸ This can be contrasted with provisions such as Charter Article 4 prohibition of torture, or Article 5, prohibition of slavery. Here we find no corresponding provisions in the TFEU or TEU granting the Union the power to adopt further measures. As the Charter does not provide for a legislative procedure on how to adopt these measures, the Union is unable to adopt policies vis-à-vis Member States in these areas. Therefore, the prohibition of

Commission proposes and the Council and the European Parliament jointly adopt the legislation. The Council acts here by qualified majority. See Article 294 TEU. However, in other instances special procedures are used whereby the Council may act by unanimity with or without consulting the European Parliament, and even in some instances the right to propose new legislation is shared between the Commission and the Member States, see e.g. Article 86 TFEU on establishment of the European Public Prosecutor's Office, where various special procedures are used.

¹¹⁷ „Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited”

¹¹⁸ See wording of Article 19 TFEU, „... the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination...” Following the insertion of this Treaty provision into the EC Treaty by the Treaty of Amsterdam, the Union indeed has adopted several measures in this area which are applicable not only within the Union but also within the Member States, see, for example Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of ethnic origin, [2000] OJ L180/22.

torture or slavery only apply when the Union is acting on basis of its other powers, for example, enacting legislation in anti-terrorism or immigration policies, as background values against which the Union action is judged.¹¹⁹

It could be argued that since most of the provisions contained in the Charter are simple prohibitions, such as the prohibition of torture or slavery, these provisions contain obligations that could become part of enforceable Union law through the operation of direct effect of Union law. For example, Article 18 TFEU contains a prohibition of discrimination on basis of nationality and on numerous occasions the Court has upheld that this principle is directly effective in that it can be used to annul national measures without any need for further Community/Union legislation.¹²⁰ The same provision now can also be found from the Charter Article 21(2) and the question then arises why there is repetition in the Treaties, why was not Article 18 TFEU simply transferred to be applied in the Charter? Here the answer lies again in that the Union is not being given any new tasks under the Charter. The task of the Union is combat discrimination on basis of nationality is found from the TFEU, not the Charter. The Charter is merely embodying the principle as one of the fundamental values of the Union.

Furthermore, in order to make it absolutely clear that the Union is not having active powers over its Member States in fundamental rights, there is Article 7 TEU. This is the only ground on basis of which the Union can take an action against a Member State when there is a serious risk of a breach of human rights on the part of the Member State. This sets out a separate mechanism whereby the Council, not the Court of Justice or the Commission, or any institution independent from the Member States, may determine

¹¹⁹ As in the case of *Kadi*, op.cit. n. 3, which will be discussed further in Section 7.

¹²⁰ The Court of Justice has consistently and vigorously upheld that any national legislation or action contrary to the principle of discrimination on basis of nationality is struck down. This is applied in relation to goods and internal taxation measures, for example, *Case 106/84 Commission v Denmark* [1986] ECR 833; in relation to free movement of persons, naturally, see, e.g. *Case 2/74 Reyners v Belgian State* [1974] ECR 631

that there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in Article 2 – respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights – and take action. If the Council finds this to be the case,¹²¹ it can suspend the rights under the Treaties vis-à-vis this Member State, including the voting rights of the representative government of the Member State. This is the end of the procedure.¹²² This mechanism does not allow the Union to adopt measures giving positive obligations for the Member State in question on protection of fundamental rights: it does not allow the Union to take control over the Member State in question and start taking action to reinforce protection of fundamental rights or democratic institutions. It is merely a tool to uphold the principle that the Union is founded on the principle of protection of human rights and fundamental freedoms rather than a provision allowing the Union to act as a standard setter in fundamental rights protection or bring forth the Charter to be applied in that situation. In any case, even when Article 7 TEU is applied, the Member State internal action does not fall to be scrutinised under the Charter. The Charter Article 51(1) confirms that the „provisions of the Charter are addressed to institutions, bodies, offices and agencies of the Union... and to the Member States only when they are implementing Union law.”

Generally, therefore, the Charter and fundamental rights protection that the Union provides, is only applicable to the Union itself, it applies within the Union legal system. The new Article 6 TEU and the Charter do not make change into Union's role in protection of fundamental rights. The power of the Charter lies in its ability to primarily restrict the Union from adopting policies that would be contrary to the Charter and consolidating the protection

¹²¹ It can take an action by four-fifths of the majority, clearly making this more a political process than judicial one.

¹²² Unless the Member State in question decides to challenge the decision of the Council. Here the Court of Justice may be involved, but only if the Member State in question brings the proceedings after the decision by the Council to determine the legality of that action, see Article 269 TFEU, and it has only the power to annul the Council decision.

of fundamental rights in the Union legal system. The Charter provisions have a passive quality whereby they do not activate unless they are used in conjunction with active policy areas. In other words it could be described that the principles contained in the Charter are to be applied in parallel with, rather than independently from, other Union powers. Without Article 19 TFEU, Article 21 of the Charter could be used only as a limitation that the Union cannot adopt policies that are discriminatory on basis of sex, racial or ethnic origin, etc. However, as combating social exclusion and discrimination is an aim of the Union¹²³ and the Treaty provides for means for the Union to legislate in the area, this is an active policy area of the Union and as such an independent ground of action.

When the Member States are acting within their own powers, the fundamental rights protection is still guaranteed through the national constitutional provisions and the European Convention on Human Rights. However, the Member States must take the Charter and Union fundamental rights into account when they are acting with the scope of Union law. This raises a separate point on when this is the case, or how the delineation between the Union legal system and the Member State internal powers can be made.

4. The Scope of European Union Fundamental Rights and the Member States

Even though there is no competence for the Union to adopt new policies or have active powers in fundamental rights, the Union fundamental rights protection has an impact on the Member States. This is confirmed by the Charter Article 51 whereby it is being applied „when Member States are implementing Union obligations”. This is not a change as such, merely a confirmation of the status quo. Already the first case, *Stauder v City of Ulm*¹²⁴ in which the Court recognised fundamental rights protection existing

¹²³ See Article 3(3) TEU.

¹²⁴ Op.cit. n. 11.

in the Community legal order,¹²⁵ dealt with a clash of fundamental rights protection and Community law implementation by a Member State.¹²⁶ As explained in Section 2 already, the Court ruled that the Community is bound by the fundamental rights and in the following case law¹²⁷ this principle was consolidated that where there is a conflict between a Community law obligation which the Member State is implementing and a fundamental right, the question is to be solved on the basis of uniform fundamental rights rather than national provisions.

The basis for this obligation for a Member State to recognise Union fundamental rights when implementing Union law is again to be found from autonomous legal order. In other words, it could be described that in these cases the Member States are acting in delegated authority or as agents of Union law. Once the Member States have delegated certain powers to the Union under the Treaties, a matter falls within the scope of the Union law to be decided what the policy will be. Then when the Union takes an action on basis of this power, i.e. adopts new legislation that determines the common policy, the Member States must fulfil

¹²⁵ Paragraph 7 of the judgment.

¹²⁶ In this case the Member States were authorised to make surplus butter available for a reduced price for consumers who were in receipt of social assistance. The problem arose in Germany because the German implementing legislation required for the person's name to be shown in the coupon, thus conflicting with privacy protection under the constitution. The ECJ ruled that that this requirement to identify the purchaser by name to the seller of the butter was not necessary under the Community decision and therefore there was no conflict on fundamental rights either.

¹²⁷ For example in *Case 249/86 Commission v Germany [1989] ECR I263* the Commission brought the proceedings against Germany because the German implementation of Regulation 1612/68 on migrant workers required for the migrant workers to set up adequate housing for their family members. This condition was found to be in breach of Article 8 ECHR of respect for family life by the Court of Justice.

these obligations by taking implementing measures or by refraining from acting contrary to the common policy.¹²⁸

In essence, when the Member States act in delegated authority, they are completely bound by the sphere of Union legal order. The Member States and national courts are neither working within the scope of their sovereignty, nor within the confines of their own legal order, including constitutional principles, in deciding how the Union law is to be applied when they are implementing Union obligations. It is the autonomous legal order that decides the rules to be applied. Therefore, in implementation by the Member States the common fundamental rights protection must be respected rather than the individual Member State standards.

The problems start arising though when we explore further the Court's case law, as it has emphasised that Union fundamental rights do not apply only when Member States are implementing Union law, but also in every case when they are acting within the scope of Union law, when are they acting within the confines of the powers conferred to the Union. For example, in the case of *ERT*,¹²⁹ the Court ruled that when the Member States are trying to justify their derogations from the Treaty provisions on grounds of public policy, public security or public health,¹³⁰ the justification must comply with the Union fundamental rights. Therefore, even if there is a Treaty basis which would allow the Member States to

¹²⁸ The requirement of sincere cooperation, formerly under Article 10 EC, now to be found in substance from Article 4 paragraph 3 TEU.

¹²⁹ *Case C-260/89 Elleniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Phirofosisis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and Others*[1991] ECR I-2925

¹³⁰ Many internal market provisions give the right to a Member State to adopt derogations from the Union policies, see e.g. Article 36 TFEU on free movement of goods, Article 45(3) TFEU on free movement of workers and Article 52 on free movement of services and freedom of establishment. They all maintain that Member States can claim for derogation from the freedoms on basis of public policy, public security and public health. These derogations are to be strictly construed and the Court of Justice is reviewing the limits of the use of the derogations.

derogate from a common policy, they cannot do this if the derogation would breach the Union fundamental rights.

In addition, the Court has also been developing principles whereby the application of Union fundamental rights can also be used to extend the scope of Union law. This is the case especially in relation to Union immigration legislation. As a basic premise the Union citizens are given the fundamental right to move freely in the Union area, containing rights such as the freedom of movement, freedom to take a residence in another Member State etc.¹³¹ Furthermore, the fundamental right to family reunification gives for the third country nationals, who are family members with a Union citizen, the right to be joined with the Union citizen.¹³² The question arose in the context of rights of third country nationals who had arrived to the Union illegally as to whether they could join their Union citizen spouses. The Union legislation did not directly provide for an answer and initially the Court was wavering between the right to family reunification and the power of the Member States to decide on the right to family reunification.¹³³ However, the Court has clarified its approach in the recent *Metock* case,¹³⁴ where the Court concentrated simply on the right of family reunification as a fundamental right. Following this, in essence, the status of a third country national can be legalised by a marriage to a Union citizen who is using his or her free movement right.¹³⁵

¹³¹ See especially Article 20 TFEU on the citizenship and Directive 2004/38, the “Citizens’ Rights Directive”, [2004] OJ L158/77.

¹³² As confirmed also by the Citizen’s Rights Directive, *ibid*.

¹³³ See *Case C-109/01 Akrich* [2003] ECR I-9607 where the Court considered that the family reunification applied and *Case C-1/05 Jia* [2007] ECR I-1, where the Court said that the Member State is authorised to decide these cases.

¹³⁴ *Case C-127/08 Metock and Others v Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2008] ECR I-6241.

¹³⁵ This does not apply in purely internal situations where a third country national marries a Union citizen who is residing in his or her own Member State and has not used the free movement rights. These cases still fall fully within the scope of national law.

These cases can further explain why the UK, Poland and Czech Republic are insisting that the Union fundamental rights should not be applied internally in their territory. Perhaps the ultimate aim in the Declarations is to restrict the Court from overreaching fundamental rights. However, even though the Charter in Article 51 recognises the application of the Charter only in relation to Member States implementing Union law, the explanations attached to the Charter use the terminology of the Member States acting within the scope of Union law and acknowledge the Court's case law with this respect. Therefore, no change is to be expected.

It can be argued that the problem here is not the extension of fundamental rights as such but rather in the inherently vague construction of the Union competences. Correlations can be made with the internal market freedoms, free movement of goods, persons, capital and services; it is inherently vague or unclear when the Member State action restricts the exercise of these freedoms. The Court has created a general test of whether the national measure hinders the free movement. For instance, in the case of *Gebhart*,¹³⁶ the Court declared that the national measures that are caught by the internal market provisions must not be: „liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty”,¹³⁷ and in order to be compatible with Union law, they „must fulfill four conditions: they must be applied in a non-discriminatory manner; they must be justified by imperative requirements in the general interest;¹³⁸ they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it.¹³⁹” This is a very general test whereby it is for the

¹³⁶ *Case C-55/94 Gebhart v Consigione dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165.

¹³⁷ Paragraph 37 of the judgment.

¹³⁸ This refers to the justifications which are allowed for derogations, for example the public policy, public security and public health. If the measures are non-discriminatory but still hinder the free movement, the Court is also willing to consider further public interest grounds, such as protection of consumer or environment.

¹³⁹ These two last aspects being the proportionality test.

Court of Justice to determine whether there is enough of a hindrance in the exercise of the Union freedom imposed by the national legislation or action, and accordingly it is for the Court to construe the scope of Union action.

Against this background it is possible to understand the *ERT*¹⁴⁰ case where the Court ruled that a Member State trying to justify its behaviour on basis of the Treaty based exceptions, public security or public policy, for instance, cannot be in violation of fundamental rights. The national action in question simply falls within the scope of the free movement and only the Union legal order can grant derogations from this freedom. It is recognised that the Court can restrict the application of the derogations, or in other words, impose limits on the use of these derogations. The use of these derogations is reviewed by the Court whether the Member States can give acceptable reasons that fit well with the purpose of the derogation. Therefore, it is for the Union legal system to determine whether derogation is allowed and in this calculation it is possible, or even desirable, to take into account the Union fundamental rights.¹⁴¹ After all, from the Court's perspective, and from the perspective of the Union legal order, it would be simply very odd that that the Member State could justify its derogation from fundamental Union freedom using national legislation that is in violation of Union's fundamental rights.

Similarly, it can be argued in relation to the immigration cases that once the Union legislates on certain matters, here the right of Union citizens to move and reside freely within the Member States, this legislation should take into account the requirements of fundamental rights as well. Support for this can be found from the idea that within the Union legal system fundamental rights must be respected. However, as the Court's hesitance in the early case law shows, this is still a thornier issue, to be used in moderation by the

¹⁴⁰ *Op. cit.*, n. 43.

¹⁴¹ In a similar vein the ECJ has declared that public policy under the Brussels Convention which specifically refers to national public policy, has its limits. This is generally how the Court construes the derogations available to the Member States, very narrowly. See *Case C-7/98 Krombach v Bamberski [2000] ECR I-1935*.

Court. The Court cannot simply legislate for the Union, or it will be accused of judicial activism. Here the Court was saved by the fact that the legislation in question did not refer to this particular issue as such. Otherwise the Court should have needed to annul the original legislation as a breach of fundamental rights and then perhaps referred it back to the legislator, as it did in *Kadi*.¹⁴²

If the national courts are uncertain whether a matter falls within the scope of Union law and thus, Union fundamental rights should be applied, they can use the preliminary ruling mechanism.¹⁴³ According to this procedure it is for the national courts to refer any questions for interpretation for the Court of Justice. This is a system under which there is no direct appeal to the ECJ from the national courts but, rather it is at the willingness of the national courts to make the referral if they see it appropriate. Only the highest courts have an obligation to refer when they are facing a question of interpretation of Union law.¹⁴⁴ The national courts of any level can, therefore, ask help from the Court of Justice when they are unsure about the application of the Union law.

The jurisdiction between the Court of Justice and the national courts is divided under the preliminary ruling procedure. The national courts are in charge of a very important component of the Union legal system: they have the sole jurisdiction to hear enforcement proceedings brought by individuals against the Member States. Therefore, it is also necessary to explore a shortly the relationship of the national courts with the ECJ and Union fundamental rights as the Member States, and in particular the

¹⁴² *Op.cit.*, n. 3, to be discussed further in Section 7.

¹⁴³ Article 267 TFEU.

¹⁴⁴ Even though there is an obligation under the Treaty for the „courts against whose judgments there is no judicial remedy” to refer questions of interpretation to the ECJ where they are faced with a question of interpretation or validity of Union law, it is difficult to see how the national courts could be forced to make these referrals. This is despite the fact that the ECJ has started to create Member State liability for these cases, see e.g. *Case C224/01 Köbler v Republic of Austria* [2003] ECR I-10239, and *Case C-173/03 Traghetti del Mediterraneo v Republic of Italy* [2006] ECR I-5177.

national courts, are needed to make the Union law operational. Thus, the picture of the protection of fundamental rights in the Union would not be complete without having the discussion about the Member States' responses to the Union developments.

5. Member State Reaction and New Internal Challenges – Area of Freedom, Security and Justice

As explained above, the supremacy of Union law in particular could be problematic with the national legal orders, as it requires setting aside even national constitutional provisions when they are in conflict with Union law obligations and recognising this, the Court of Justice built the protection of fundamental rights into the Union legal system. The question then arises whether the supremacy was accepted and, consequently, with that the Court's notion on protection of fundamental rights.

The main early challenges were posed by the German Constitutional Court in its *Solange* case law.¹⁴⁵ Here the Constitutional Court recognised the supremacy and the Court of Justice's role in protection of fundamental rights, as long as (*Solange*) the Court of Justice provides adequate fundamental rights protection. Accordingly, even though the Constitutional Court has not reached a single judgment where it would have overturn the validity of the Community or Union law, the Constitutional Court still decided to retain the ultimate authority to check the fundamental rights protection and validity of Community law.¹⁴⁶ This case law has been influential and the position of the German Constitutional Court has been followed by many other

¹⁴⁵ The German Constitutional Court in *Internationale Handelsgesellschaft* [1974] 2 CMLR 540; *Re Wünsche Handelsgesellschaft* [1987] 3 CMLR 225, and *Brunner v The European Union Treaty* [1994] 1 CMLR 57.

¹⁴⁶ On basis of the Basic Law it has no other choice, Article 79(3) of German Basic Law explicitly excludes amendments affecting the division of powers of the Federal government and Länder, their participation in legislative processes, or the principles laid down in Articles 1 and 20. These provisions refer to democratic organisation, social and federal state and also to human dignity.

Member State constitutional courts,¹⁴⁷ and in some cases even amendments have been adopted to the national constitutions to allow the judicial review of Union law on basis of national constitutional provisions.¹⁴⁸ Yet, also in other jurisdictions the Community law system has worked. The overturning of Community law has been very rare¹⁴⁹ and generally the national courts have accepted the autonomous legal order and with that the ECJ's role in the protection of fundamental rights within the Community legal system.

Recently challenges of Union law have increased in the national courts. One waive has been challenges on ratification of the Treaties themselves.¹⁵⁰ While these cases are not as important from the point of view of the supremacy or functioning of the Community or Union law itself because before a successful Treaty ratification by a Member State the newly adopted or adapted Union norms are not in operation yet, for our purpose, to determine the acceptance of the constitutional framework itself, these cases can give good indications on the pressure points felt by the national courts. For example, the recent judgment of the German Constitutional Court on the ratification of the Treaty of Lisbon

¹⁴⁷ For example, from Italian and Polish Constitutional Courts we find similar judgments.

¹⁴⁸ Swedish Constitution Article 10:5 and Article 8 of Portuguese Constitution.

¹⁴⁹ There has been one case in Portugal, in the highest Administrative Court, and the French highest Administrative Court initially refused to accept the direct effects of directives, see Lenaerts and van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, (2005) 2nd Ed, Sweet and Maxwell (London), at p. 692.

¹⁵⁰ The Treaty of Lisbon was challenged in Germany, Judgment of the German Constitutional Court in the Treaty of Lisbon, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 and 2 BvR 182/08, available from http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html; in the Czech Republic; in Latvia, see case note on the Judgment of the Latvian Constitutional Court in the Case Concerning the Treaty of Lisbon, by Ieva Bērziņa-Andersons, from <http://www.sorainen.com/legal/Lisbon-Agreement-Case.pdf>;

gives a good idea on the approach of the German Constitutional Court to the Union legal order.¹⁵¹ While the Constitutional Court held that the Treaty itself to comply with the German Constitutional requirements, the Court professed great concern over the democratic decision-making by the Union structures and required further guarantees from the German implementing legislation that the proper ratification procedure involving the Parliament and appropriate levels of national decision-making is used where further competences are transferred to the Union on basis of the so-called bridging provisions.¹⁵² Furthermore, the Constitutional Court did not leave any scope for doubt that it would agree on the transfer of the „Kompetenz-Kompetenz“, the ultimate authority to review the competence of the Union legislation, including review on basis of fundamental rights, to the Union institutions and the Court of Justice.¹⁵³ The Constitutional Court still clearly sees itself as having the only authority to determine whether the Union is acting within its powers.

Similarly, recently there have been many challenges to the Union measures themselves or their implementation by the national authorities. The main challenges relate to the Union Framework Decision on the European Arrest Warrant (EAW).¹⁵⁴ Whilst in all the cases the EAW was found to be valid and as such not in contravention of the national constitutional provisions, there were some cases where national implementation failed on basis of constitutional protection of fundamental rights. The EAW sets up a procedure for a surrender of a person from one Member State to

¹⁵¹ Ibid., German Constitutional Court.

¹⁵² See Article 48 TEU on Treaty amendment. Whenever there is a change in the Union competences, ratification is required from the Member States, however, the European Council can change the voting rules in the Council from unanimity to qualified majority without a Treaty amendment and ratification by the Member States.

¹⁵³ See especially the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon, *op.cit.* n. 64.

¹⁵⁴ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States, OJ 190/2002/p. 1.

another for trial or serving a prison sentence. The most problematic provisions in the EAW system relate to the general principle of surrendering of the nationals of the Member State to other jurisdictions and the abolition of the double criminality in relation to certain offences.¹⁵⁵ The EAW is based on the mutual trust whereby the surrendering Member State must surrender a person even if the State itself does not recognise the act as a crime. The EAW states that as all the Member States respect fundamental rights and are parties to the ECHR, there should be no problems arising from mutual trust from the fundamental rights perspective.¹⁵⁶

While the principle of surrendering one's own nationals did not create problems as such on basis of fundamental rights,¹⁵⁷ abolition of double criminality can do so, as pointed out by the German Constitutional Court. The Constitutional Court annulled the German implementation of the EAW and required that in cases where double criminality was applied, the implementing act would need to set the exact criteria on basis of which the surrender can be done. Otherwise, according to the Constitutional Court, the implementing legislation would be in breach of legality principle protected by the Basic Law. This is a clear departure from the principles set out in the EAW and whilst the German Constitutional Court upheld the validity of the EAW itself, it

¹⁵⁵ Articles 2(4) and 4(1) of the EAW.

¹⁵⁶ Recital (12) of the EAW.

¹⁵⁷ These challenges were made in Poland, Cyprus and the Czech Republic; in all cases the Constitutional Courts were willing to accept the principle. In Poland the Constitutional Court advised the Polish legislature to amend the Polish Constitution to be able to uphold the principle, the same happened in Cyprus. In the Czech Republic the principle was already contained in the implementing measure by providing that the person surrendered on basis of EAW needs to be returned to Czech Republic to serve his or her prison sentence (no „permanent surrender”). See Polish Constitutional Tribunal on European Arrest Warrant, P1/05, 27 April 2005; and the Czech Constitutional Court, Decision No. Pl. US 66/08, 3 May 2006.

decided that there are limits on how the German authorities can implement the Framework Decision. Following this, there have also been other controversial cases arising out the application of the EAW which show exactly the problems of the mutual trust in surrendering persons.¹⁵⁸ Despite this, the Court of Justice specifically rejected complaints relating to the legality principle and upheld the EAW as compatible with fundamental rights in *Advocaten voor de Wereld*.¹⁵⁹

Here it could be argued that these cases relate to what was called the Third Pillar measures prior the adoption of the Treaty of Lisbon and its special position under the Treaties. The Third Pillar, Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters (PJCCM), was one of the areas where the Court of Justice did not have the power to exercise full judicial control, its jurisdiction was limited under the

¹⁵⁸ The abolition of double criminality raises other considerations which have a link with how to define criminal acts. One example of such differences was raised in the case of Gerald Toben. He lives in Australia and was visiting the UK when German authorities requested his surrender to Germany. The basis for the request was that Toben has contrary to German law denied the holocaust and accordingly could be put to trial on basis of inciting racial hatred (one of the crimes for which double criminality has been abolished). However, in many other Member States, including the UK, this type of action falls within the remit of free speech. The UK authorities thus refused to surrender and ultimately a diplomatic solution was found. This is a good example of a case where simply relying on a principle that all Member States respect fundamental rights does not work.

¹⁵⁹ *Case C-303/05 [2007] ECR I-3633*, see especially paragraph 53 of the judgment: “[A]ccordingly, while Article 2(2) of the [EAW] dispenses with verification of double criminality for categories of offences mentioned therein, the definition of those offences and of the penalties applicable continue to be matters determined by the issuing Member State, which, as is, moreover, stated in Article 1(3) of the [EAW], must respect fundamental rights and fundamental legal principles as enshrined in Article 6 EU, and, consequently, the principle of legality of criminal offences and penalties”.

Treaties.¹⁶⁰ There was even a limitation according to which a Member State could choose whether national courts could make referrals to the Court of Justice.¹⁶¹ Therefore, it could be argued that the national courts felt obliged to step in to make sure that the fundamental rights are being protected in this area. Now, the PJCCM has been integrated with the general Treaty structure and brought together as Area of Freedom, Security and Justice and with there will be the gradual normalization of the ECJ's jurisdiction,¹⁶² the situation should therefore change.

However, this cannot be the full explanation, especially since the constitutional courts which were the most critical of the implementation of the EAW all had the power to refer these questions to the ECJ. Rather explanation relates to the issues at hand. We can identify similar problems in relation to common asylum policy, another issue falling with Area of Freedom, Security and Justice, but, where the Court of Justice has had normal jurisdiction already before the adoption of the Treaty of Lisbon. Here the Dublin Convention and now the Dublin II

¹⁶⁰ See Articles 34 and 35 TEU as before the Treaty of Lisbon amendments.

¹⁶¹ See Article 35 TEU as before the Treaty of Lisbon amendments, also Court of Justice, „Jurisdiction of the Court of Justice to give preliminary rulings on police and judicial cooperation in criminal matters”, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-2009/art35_2008_09-25_17-37-4_434.pdf , for example the UK, Ireland and Denmark did not allow their national courts to refer questions of interpretation to the ECJ at all in police and judicial cooperation in criminal matters.

¹⁶² There is a transitional period of 5 years applicable before the Court gains full jurisdiction with respect to measures adopted under the old Third Pillar powers, Protocol (No 36) on transitional provisions, Article 10. These do not have effect on the UK or Ireland, because they have an opt-out from the Area of Freedom, Security and Justice, unless they opt-in to these measures, see Protocol (No 21) on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of Area of Freedom, Security and Justice; and Denmark in any case because it has a full opt-out, see Protocol (No 22) on the position of Denmark.

Regulation¹⁶³ would require the return of the asylum seekers to the appropriate Member State in order to get the asylum application processed in by that State. The problem was that initially there was no common agreement on who is entitled to asylum protection between the Member States.¹⁶⁴ Even though all Member States are parties to the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees, and the subsequent 1967 Protocol, all have a different interpretation of the requirements of the Convention. This could and has lead conflicts with the Dublin regime as it requires the Member State to transfer the asylum-seeker to another Member State which might not recognise the person's status as an asylum-seeker, might not recognise that persons coming from certain region are entitled to protection and the person could be extradited from the Union area. In effect this could lead to the breach of the principle non-réfoulement, extradition of a person to a State where his or her life or freedom would be threatened.¹⁶⁵ There has been a remarkable resistance on the part of the Member States to return persons qualifying as asylum seekers to other Member States under the Dublin system¹⁶⁶ and there are even reported cases where the transfer has been refused on these grounds.¹⁶⁷

¹⁶³ Dublin Convention of 1990, OJ [1997] C254/01, and Council Regulation (EC) No 343/2000 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national, OJ [2003] L50/01.

¹⁶⁴ The Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, has been adopted which now sets out the minimum requirements to be observed in this field, [2004] OJ L304/12.

¹⁶⁵ Article 33 of the 1951 Convention, www://unhcr.org/3b66c2aa10.html, see also Charter of Fundamental Rights, Article 19(2) which states that a person shall not be returned if he or she is faced with the fear of death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment.

¹⁶⁶ Requests for transfer were made only in 11,5% of the cases where an asylum application has been done and while 72% of the requests were accepted, actual transfers have been made only in 30% of the cases where requests were being made. In other words, only in 2,6% of cases of

This shows that something else is going on. In essence the national courts were saying that the Member States are not simply agents of Union law when they are implementing the Union obligations but that they must also respect constitutional limitations or constitution is to be amended by using appropriate amendment procedure. There is a link with the Area of Freedom, Security and Justice in that conflicts with constitutionally protected fundamental rights naturally arise from the measures adopted under these policies. They have an impact on individuals and, through that, on constitutionally protected fundamental rights. The German Constitutional Court in particular is posing limits for the German authorities to act.¹⁶⁸ And, where Karlsruhe goes, other national courts are likely to follow. National constitutional courts therefore will most likely review with increasing frequency the competences of their national authorities with national fundamental rights when they are implementing of Union action.

asylum applicants, the applicant has been transferred to another jurisdiction. See Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin System, COM (2007)299 final.

¹⁶⁷ See for example House of Lords in the case of *R v. Adan and Aitseguer*, 19 December 2000, [2001] 2 AC 477. This case was decided on the basis of the Dublin Convention which preceded the Dublin Regulation. There was no right to refer to the ECJ on the part of the UK court, however, there have been no other referrals made either since the adoption of the Regulation. Instead now we find cases pending in the European Court of Human Rights on the application of the Dublin system, see ECRE, Press Release, “European Court of Human Rights suspends return of seriously ill Afghan minor asylum seeker from Hungary to Greece under the Dublin Regulation”, 3 March 2010.

¹⁶⁸ Recently the German Constitutional Court has also overturned the German implementation of the data retention Directive, see the German Constitutional Court, Press Release No 11/2010 of 2 March 2010, Data retention unconstitutional in its present form, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg10-011en.html>. The Court remarked that referral to the ECJ was not necessary since the Directive leaves enough room for German implementation.

This is, however, not necessarily a negative development for the Union law. For the legitimacy of the Union legal system, this can also be beneficial. The cases also can be used for the Union as an „early warning system” whereby if there are further cases going through the national (constitutional) courts, which indicate that they are facing problems in allowing full implementation, this should be taken as a sign that the Union law is not fully compliant with the (national) requirements on fundamental rights protection. Then revision of these measures should be done in order to ensure the compliance with the fundamental rights.¹⁶⁹ The result might be that the Union can adapt its legislation to comply better with the fundamental rights requirements.¹⁷⁰ It should also serve as a sign for the Court of Justice to question whether the protection is adequate in the Union measure.¹⁷¹

Ultimately, these challenges might also reach the European Court of Human Rights (ECtHR),¹⁷² which might mean further complication of the relationship between the Union autonomous system fundamental rights protection by the Court of Justice, the national courts and the European Court of Fundamental Rights. This will be shortly considered in the following Section of the paper.

¹⁶⁹ In Stockholm Programme, Council Document 17024/09, adopted on 2 December 2009, the European Council is recommending that a study on the EAW should be undertaken and it should be assessed what is its impact on fundamental rights and what type of measures should be adopted, including common definitions of criminal offences, in order for the EAW to comply better with fundamental rights concerns. See paragraph 3.1.1 of the Programme.

¹⁷⁰ For example, the Dublin III Regulation proposal, COM (2008)820 final, includes now a sovereignty clause according which can be used for humanitarian and compassionate reasons, Article 17(1).

¹⁷¹ See above *Advocaten voor de Wereld*, *op.cit.* n. 73.

¹⁷² Such is presently happening in relation to asylum, the Dublin system, *op. cit.* n. 81.

6. Relationship with the ECHR and Accession to the ECHR

Even though the Union is not a party to the ECHR, and therefore the obligations set out in the ECHR do not bind directly the autonomous Union legal order, all the Union Member States are parties to and bound by it. The question then becomes what is the relationship between the two, the Union and the ECHR, and, when in doubt, which one should the national authorities follow.

From the view point of Union law, according to the Court of Justice, the two systems are separate. The Union law sets its own protection of fundamental rights as part of the autonomous legal system which the Member States must respect when they are acting within the scope of Union law. The result is that the national authorities have potentially two fundamental rights systems to follow: the Union one when they are acting within the scope of Union law; and their own national constitutional system with the ECHR obligations when they are working within their internal powers.

Therefore, for the national courts, which would have to ensure the compliance with both the Union obligations and the ECHR, the matter is not so clear-cut. First, it is possible to question the meaningfulness of having two separate systems for the national courts. It is simply very difficult to see that the national courts would use two different fundamental rights systems or try to determine which fundamental rights system should be used in each case. Second, this does not fit with the view taken by the ECtHR. The ECtHR has said *obiter* in relation to the Dublin Convention,¹⁷³ that the Community or Union law is not an excuse for breaches of the ECHR.¹⁷⁴ This means that the Union Member States must

¹⁷³ Discussed in Section 5 above.

¹⁷⁴ *Case TI v UK*, Decision of 6 March 2000, (Reports 2000-III), the ECtHR was discussing here the Dublin Convention and said „[W]here States establish international organizations, or mutatis mutandis international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their

respect the ECHR also in the Union action and serves as a reminder for the Member States of the Union who are all bound by the Convention not to set legislation in the Union level which could compromise the human rights protection they have all bound themselves to honour in the ECHR.

Furthermore, there are links between the ECHR and the EU fundamental rights at the Treaty level. Article 6 TEU has always emphasised that one of the main sources of Union fundamental rights protection is to be found from the ECHR and the EU Membership is only open for those States which are parties to the ECHR.¹⁷⁵ Thus, the idea of separateness of these two systems is also too simplistic from the point of view of the Union law. Yet, despite these links and the potential consequences for the national courts and authorities, the ECJ is following the formalistic position whereby the Union is not a Contracting Party to the ECHR and, thus, not bound by it. Even though the ECJ has recognised in its case law that the ECHR has a special position in sources of Union fundamental rights and has often referred to the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR),¹⁷⁶ it sees the ECHR

responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution...". This was also confirmed in *Bosphorus v. Ireland*, App. No 45036/98, Judgment of 30 June 2005, the ECtHR stated that „it has been accepted that a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts or omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international obligations... the Court has recognized that absolving Contracting States completely from their Convention responsibility in the areas covered by [transfer of sovereignty] would be incompatible with the purpose and object of the Convention: the guarantees of the Convention could be limited or excluded at will thereby depriving it of its peremptory character and undermining the practical and effective nature of its safeguards”.

¹⁷⁵ This is set out in the so-called Copenhagen Criteria, criteria for accession to the EU set by the Copenhagen European Council, 21 -22 June 1993, Conclusions of the Presidency, point 7 (A) (iii) refers to the stable institutions, respect for rule of law and human rights.

¹⁷⁶ See for example, *Opinion 2/94* on the Accession of the Community into the ECHR, *op. cit.* n. 29, paragraph 5.

rather as a persuasive source which can be used in the development of the common fundamental rights rather than there being a sense of obligation to follow the ECHR developments.

The impact of this is therefore that there might arise conflicts between the Union fundamental rights and the ECHR human rights system or, in other words, conflicts between the ECJ and ECtHR on what is really the extend of the human rights protection that is required from the State level. So far the Courts have been able to solve the situation amicably though and they have been able to avoid direct conflicts.¹⁷⁷ This has been helped by the ECJ's referrals to the ECHR and the ECtHR's recognition of the Union protection of fundamental rights.

The ECtHR in particular has been forthcoming and has declared that it will not interfere with the operation of the Union law where the protection under it is „equivalent” to the protection under the ECHR.¹⁷⁸ The ECtHR does not require the protection to be “identical” though, this would „run counter to the interests of the international co-operation pursued”.¹⁷⁹ This is interesting since the ECtHR is clearly willing to accept that the Union integration agenda might have different focus or interest than what it would itself employ. This is a cautious endorsement of the Union's fundamental rights system. Even though the endorsement, the ECtHR, like the German Constitutional Court in its Solange case law discussed above, has not given unconditional acceptance because it does retain the ultimate right to review whether the Union legal system and thus the ECJ is giving the equivalent protection on fundamental rights.

Unofficially the Courts also meet regularly to discuss their approaches to human rights protection creating cohesion between them. These unofficial discussions are important for both Courts where they can try to diffuse the potential problem areas before problems arise.

¹⁷⁷ There are few cases where the Courts have taken different line, see Craig and deBürca, *op. cit.* n. 16, pp. 425-426.

¹⁷⁸ *Bosphorus v. Ireland*, *op. cit.* n. 88.

¹⁷⁹ See paragraph 6 of the judgment.

However, this means only that the risk of a clash is lessened, not inexistent, and as a solution it is perceived that the Union will accede to the ECHR. This is not a novel solution, already in the 1980s it was proposed that the Community would accede to the ECHR. However, these plans were frozen by the Court of Justice when it was asked its opinion about the accession.¹⁸⁰ The Court's main reason for this decision was that the Community lacked the competence to do so without a Treaty amendment, the accession of the Community into the ECHR would require such a change in institutional structure which could not be achieved without one.¹⁸¹ This obstacle has now been removed by the new TEU Article 6 which creates an obligation for the Union to accede to the ECHR.

The accession negotiations, due to start soon,¹⁸² will not be easy. There still remains the important question of what will be the actual relationship between the two Courts. The main problems relate to the question how the referrals from the ECJ to the ECtHR are to be made. As explained above, the ECJ operates with the national courts via preliminary rulings. This is a system whereby the workload between the national courts and the ECJ is divided in that the national court is actually judging the case. The ECJ's role is limited to giving guidance to the requesting national court and the case is decided by the referring national court. The question thus raises at which stage should the referral be made? Should it be allowed already from the ECJ, while the case is still pending in the national courts? This would mean changes into the ECHR system whereby domestic remedies will have to be exhausted before the case can be appealed to the ECtHR. Or, should the case be heard after the national level has reached its final decision, where the national courts could first try to address the human rights protection? This would be actually end up in upholding the status

¹⁸⁰ *Op. cit.*, n. 29.

¹⁸¹ Paragraph 4 of the judgment.

¹⁸² The Commission has proposed the negotiation directives for the Union's accession to the ECHR, see Europa website, Press Releases, MEMO/10/84, 17 March 2010.

quo whereby the two Courts, the ECJ and the ECtHR, are not in direct contact with each other.¹⁸³

The political questions relate to the power balance between the two Courts. The solution should be easy. As all the Union Member States who are Contracting Parties to the ECHR have subjected their legal systems to the scrutiny of the ECtHR, the ECtHR should be able to state whether the protection of human rights is adequate in relation to specific Union norms. However, this can raise political difficulties for the Member States. There are those which favour a strong role for the ECJ in determining the application of the Union law and would not want to subject the ECJ to the ECtHR or any other court, especially to determine the scope of Union law or whether matters fall within the competence of the Union. And, there are those which want the ECJ to be overseen by the ECtHR, creating more checks and balances in the protection of fundamental rights and perhaps limiting the Court of Justice in its integrationist agenda.

It remains to be seen in the coming years how these questions will be solved in the negotiations and whether it would be possible and/or desirable to create a special position for the ECJ in the ECHR system.

Part 7 – External Action and External Relations

It has been criticised that the protection of fundamental rights forms a stronger part of Union policies in the Union external action, that is, when the Union is entering into agreements with third countries.¹⁸⁴ This is true, as the Treaty itself contains an obligation to tie human rights considerations into Union external

¹⁸³ There is also the problem from the ECHR side on how to change the ECHR structures to accommodate the EU's accession. See, press release http://www.coe.int/t/dc/files/themes/eu_and_coe/default_EN.asp.

It recognised that there will be technical questions that will have to be solved in the accession on both sides.

¹⁸⁴ See for example, Williams, *EU Human Rights Policies, A Study in Irony*, (2004) OUP

policies.¹⁸⁵ For example, there is clear link between the Union development policy with strengthening human rights.¹⁸⁶ Therefore, in external action we find the strongest link with the Union policies and the protection of human rights where the protection of fundamental rights is recognised as part of a general aim of the policy.

Yet, even if this link exists in the Treaty level, there has been a very limited role for the Court to review the Union's external policies on basis of fundamental rights. This situation is slowly changing. There are two dimensions to be considered here. First is the Union implementing international obligations, and second is about the Union entering into international agreements with third countries.

The first dimension relates to the ECJ's recent judgment in the *Kadi* case.¹⁸⁷ In this case the Court of Justice changed its approach on whether it can review the Union or Community legislation which is based on international obligations.¹⁸⁸ It was following the

¹⁸⁵ Article 21 TEU whereby the action is to be „guided by principles which have inspired its [Union's] own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law.”

¹⁸⁶ See Articles 208 and 209 TFEU. However, even in the light of serious deterioration of human rights situation the EU has not necessarily withdrawn aid. For example, in relation to the recent developments in Zimbabwe, the EU has adopted trade sanctions, but still has continued with the development aid. See Council Conclusions on Zimbabwe, 2996th Foreign Affairs Council Meeting, Brussels 22 February 2010, Press Release, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/112950.pdf

¹⁸⁷ *Op. cit.* n. 3.

¹⁸⁸ This can be seen also from the Court of First Instance's (now after the adoption of the Treaty of Lisbon renamed as the General Court) initial decision in *Kadi, Case T-315/01 Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission* [2005] ECR II-3649, see especially paragraphs 215, 223 and

Opinion of Advocate General Maduro, who had convincingly set out the case that in autonomous legal order also implementing legislation should be reviewed by the Court of Justice on basis of Union fundamental rights.¹⁸⁹ The Court did not explicitly refer to the new or autonomous legal order but simply stated that „respect for human rights is a condition of the lawfulness of Community acts and the measures incompatible with respect for human rights are not acceptable within Community.”¹⁹⁰ Therefore, any legislative action that the Union takes fundamental rights as set by the Union law must be respected. This has caused major debate on the appropriateness of the Court's approach and whether the Court was right to question legislation which is based on the UN obligations.

Despite the criticism that can be raised against this judgment, this is clearly in line with developing the constitutional nature of fundamental rights protection in the Union law. From the point of

224 where the CFI draws on the previous case law of the Court of Justice and does not allow the review of the Community measure that is based on UN Security Council Resolutions on basis of Community fundamental rights standards. The CFI is willing to contemplate review on basis of international law human rights standards and *jus cogens* in particular, see paragraphs 226-230.

¹⁸⁹ Opinion of Advocate General Póitares Maduro, *Case C-402/05 P Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission* [2003] ECR I-6351, after referring to landmark new legal order case law *Van Gend en Loos* (paragraph 21) and making his remark that the Community legal system and international legal system do not „pass by each other like ships in the night” (paragraph 22), the Advocate General is ready to make his decision that „the Community Courts determine the effect of international obligations within the Community legal order by reference to conditions set by the Community law (paragraph 23). The Advocate General was referring also on the previous case law where the Court had found the international agreements void on basis of Union or Community competence, extending this principle now to protection of fundamental rights and said that there are no cases as such where the Court of Justice would have denied the opportunity to review Community's/Union's implementation powers.

¹⁹⁰ Paragraph 284 of the judgment.

view that the fundamental rights form constitutional principles of Union law, this means that the Union must observe these principles in all its action, including the implementing of international obligations into Union law.

The case has resemblance to the German Constitutional Court in its approach to Germany implementing Union legislation.¹⁹¹ Granted, in the early Solange judgments the German Constitutional Court was more lenient, willing to accept the fundamental rights protection by the ECJ and the Union legal order. However, we can see clearly a connection with the subsequent EAW and Treaty of Lisbon judgments where the German Constitutional Court has started to require from the German implementation strict compliance with German Basic Law. And, this is where the Court of Justice is now standing with the implementation of international obligations. As such, the Court did not question the validity of the UN measures, it has no jurisdiction to do so. What the Court concentrated on was the power and its limits for the Community to implement these measures. It considered the Community implementation action to be within the sphere of Community powers and, therefore, the Court had the power to review this. The line is of course fine between the two, whether the Court is reviewing simply implementation or it being an indirect review of original measure. Also, some problems or limits for the implementation may arise.¹⁹² Yet, if protection of fundamental rights is being taken seriously as a constitutional principle, what other options would be open for the Court? Otherwise it might become too easy for the Member States to circumvent the fundamental rights obligations by adopting new acts in international level.¹⁹³

¹⁹¹ See Section 5 above.

¹⁹² As pointed out in Section 5, the German implementation of the EAW arguably does not respect the basic principles of the EAW itself.

¹⁹³ Noting here that there are always at least 2 EU Member States, the UK and France, at the Security Council. It is also likely that to support the UN Security Council policies on anti-terrorism, it was thought that it would be better if the Community would be involved in the implementation.

However, another question is still the power of the Court of Justice to review the Treaty making power by the Union. Here we have only examples on the Court declaring whether the Union or Community has competence to enter into agreement or whether there is an appropriate legal basis.¹⁹⁴ It is likely that on the basis of *Kadi*, we can see the Court of Justice extending the competence questioning also the application of fundamental rights, that is, the Court will extend review of the agreement or provisions of it also to the compatibility with Union fundamental rights. If there is a conflict with fundamental rights then the Union cannot, on basis of competence, enter into that particular agreement or the provision in question is annulled.¹⁹⁵

The problem remains though that the Union action in international affairs is divided into two different areas of competence. The TFEU deals with matters relating to the former Community powers, extension of internal market provisions, Association Agreements, development aid.¹⁹⁶ However,

Using Community law provides for separate mechanisms for enforcement if the measures would not be respected.

¹⁹⁴ *Opinion 2/94* on the accession of the Community into the ECHR, *op. cit.* n. 29. There are also cases where the Court has determined whether the Union has the competence to accede to a particular international agreement or the Member States, see for example the WTO case law, *Opinion 1/94* Competence of the Community to conclude international agreements concerning services and the protection of intellectual property, WTO, [1994] ECR I-5267.

¹⁹⁵ The Court has previously also annulled provisions of internal legislation, see for example *Case C-133/06 European Parliament v Commission and Council [2008] ECR I-3189*, where the Court annulled a provision on safe third countries from the Directive 2005/85/EC on asylum procedures.

¹⁹⁶ See TFEU Part Five, External Action by the Union. It has titles on Common Commercial Policy, Cooperation with Third Countries and Humanitarian Aid, Economic and Financial Cooperation with Third Countries and Restrictive Measures. See also Article 216 TFEU which gives the power for the Union to enter into agreements in all areas provided by the Treaties, or where the conclusion of an agreement is necessary in order to achieve, within the framework of the Union's

considerable powers in external relation still lie with the TEU framework, the Common Foreign and Security Policy (CFSP). These powers relate to all other areas of external action which is deemed important for the Union. This is where we still have major differences in institutional provisions when compared with the TFEU powers. In particular, the Court of Justice does not have the general power to review acts based on CFSP.¹⁹⁷ The Treaty of Lisbon has added a special competence review procedure whereby the Member States, the Council, the Commission or the European Parliament can refer questions to the ECJ on whether the Union has competence to enter into agreements.¹⁹⁸ While the review of adopted measures¹⁹⁹ is still lacking, this shows a slow or gradual subjecting to the Court's jurisdiction in the CFSP. And, potentially, following the previous line of thinking, the Court of Justice could bring in the fundamental rights considerations when it is asked to give its opinion.

Where it is possible to see that the fundamental rights considerations can play part in the CFSP is through the national courts. This is because the Union measures in CFSP are not directly applicable or enforceable Union law and national implementation is always needed. As the EAW judgments show, the national courts are now willing to review the implementation of Union law by national authorities. This is a good development for the upholding of fundamental rights considerations in this area, at least there is a check through the national courts, even if the Court of Justice is not able to be involved. This again shows that the

policies, one of the objectives referred to in the Treaties, or is provided for in a legally binding Union act or is likely to affect common rules or alter their scope. This is not a general power to enter into agreements in any area but rather it is tied to the Union's competences or scope of action. For Union aims and competences, see above section 3.

¹⁹⁷ Article 24 TEU and Article 275 TFEU.

¹⁹⁸ Article 218(11) TFEU.

¹⁹⁹ This is possible only with regard to decisions for restrictive measures against natural or legal persons, Article 275 TFEU. However, this competence lies with the TFEU powers after the adoption of the Treaty of Lisbon in any case, see Article 215 TFEU, and therefore it is likely that the TEU powers will not be used.

system of fundamental rights in the European Union is more a case of inter-twined levels where the gradual constitutionalisation of the Union fundamental rights plays only one part.

8. Conclusions

It seems that the Treaty of Lisbon major development in relation to the creating the binding framework on the Union fundamental rights is mainly keeping with the status quo. Article 6 TEU in combination with Article 51 of the Charter make it clear that while the Charter has the same legal value as the Treaties, the Union does not gain any new competences or tasks on human rights protection and that the provisions in Charter are mainly directed at the Union institutions and to the Member States only when they acting within the scope of Union law. An argument can be made whereby the new text even serves as a warning for the Court of Justice on not invoking fundamental rights as independent cause of action or extending the scope of Union law by using fundamental rights.²⁰⁰ This removes any doubt that the Union would be on a road to becoming a human rights organisation, a watchdog over the Member States in fundamental rights.²⁰¹

Yet, the new provisions do have an impact. By giving the making the Charter binding, the Union has finally been given a set of rights which it is to uphold. This is important for it consolidates the principle that the fundamental rights protection forms part of the constitutional system of the Union legal order. The Union legal system has now matured to the stage where we not only have the fundamental rights protection granted ad hoc by the Court of Justice, but we have a set of commonly agreed rights and values against which we can criticise the Union's, as well and the Court of Justice's, action.

²⁰⁰ Even though it was finally argued that it is likely that there is no substantial change as the problem relates to the inherently vague Union competences, see Section 4.

²⁰¹ This also applies in relation to the new Union Fundamental Rights Agency created in 2007. It is an advisory body with no supervisory powers. See Regulation (EC) No 168/2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights [2007] OJ L53/01.

This can also be said to be important to the legitimacy of the Union legal order. The Union legal framework is expanding into areas which raise more controversial issues from the fundamental rights perspective, such as the anti-terrorism legislation that was overturned in *Kadi*,²⁰² or the integration in the Area of Freedom, Security and Justice. Without a clear commitment to fundamental rights protection the Union legislation is likely to suffer from legitimacy problem and can face challenges from the national courts. As the EAW judgments have already shown, without an appropriate level of fundamental rights protection, there can be problems ahead for the upholding Union law or implementing Union obligations for the Member States. It must be stated, though, that so far, the national courts can be seen as participating in the upholding of the Union legal order rather than unduly setting road blocks for it. This is proven in that the national courts are actually trying to find a solution that would be within the limits given by the Union measure and their national constitutional provisions, rather than directly attacking the Union law.

While it can be seen that the challenges to the Union legislation will continue due to Union entering these sensitive areas of integration, it has been argued that this is not necessarily an adverse or negative development. These challenges and the national courts' responses can be used as an „early warning system” on whether the Union policies have the aforementioned legitimacy from the perspective of fundamental rights protection. The Union should take these problems faced by the national courts as an opportunity, rather than challenge. The way to respond to these cases is to take them seriously and review the Union legislation preferably via the appropriate legislative process.²⁰³ In the early days the Court of Justice was able to uphold the supremacy of Community law in face of the national doubts by creating the fundamental rights protection into Community law. Admittedly, now the challenge is higher, as the legislation is

²⁰² *Op. cit.*, n. 3.

²⁰³ As is being done in relation to the EAW, see *op. cit.* n. 83; and also the Common European Asylum System is being developed further to correspond to fundamental rights considerations, see *op.cit.* n. 78 and 84.

dealing with more sensitive issues; however, correspondingly, the legislation must take more carefully the protection of fundamental rights into account. And, if needed, the Court of Justice must have the power and strength to enforce the fundamental rights protection where problems are to be seen.

This means that still great part of the responsibility for holding Union law in compliance with fundamental rights clearly falls within the hands of the Court of Justice. It can be argued that this was message intended by the Court of Justice in *Kadi*. It was clearly telling to the national courts that it is ready to acknowledge the need for strengthened fundamental rights protection even in controversial cases and that it can be entrusted with the protection of fundamental rights in the Union legal system. It is not coincidental that it employed the very same methods as the German Constitutional Court in its recent judgments on its approach to the Union legal order. The signal is for the national courts that they do not need to be concerned: the Court of Justice will protect fundamental rights in the Union legal order. However, there are still areas where the Court of Justice still needs to develop in its role, as is shown by the *Advocaten voor de Wereld*.²⁰⁴ It was not willing to entertain the general question on the problematic relationship of the mutual trust and abolition of double criminality with the principle of legality, even though there were already problems arising in the Member States.

Yet, it is also shown that it would be over-simplistic and unrealistic to consign the fundamental rights protection for the Union only within the Union autonomous legal order, to be enforced only by the Court of Justice. The national courts have their role to play both in the enforcement of Union rights and obligations, and in fundamental rights protection. In external relations, especially where it comes to the protection of fundamental rights in CFSP, the Court of Justice does not have jurisdiction to be involved. Here, the national courts can help with the accountability of the Union by questioning the action by their States in these areas. Therefore, the idea of separateness of the

²⁰⁴ *Op. cit.*, n. 73, only very briefly discussed here.

Union legal system in relation to fundamental rights protection strictly within its own sphere does not correspond to the reality.

In addition if that continues to be the case, national courts would be facing difficult questions on how to consolidate the obligations of the ECHR and obligations set by the Union law together. In the end, it is not simply feasible for them to separate the Union law obligations from the ECHR, another internationally binding set of obligations, either from practical perspective as them trying to uphold simultaneously two different standards, or, from a theoretical perspective on why should different standards be accepted in relation to the use of public power.

So far the relationship with the ECHR has worked relatively well. However, to ensure cohesion between the Union fundamental rights protection and the ECHR, the new Article 6 TEU is providing for a solution by obliging the Union to accede to the ECHR. As discussed, there are still quite a few technical and political negotiations ahead and the negotiations will likely take a while. However, hopefully satisfactory result will be achieved: one where both Courts can be in direct communication between each other and contribute together in building a common European legal space for protection of fundamental rights.

LES INSTITUTIONS DE L'UNION APRÈS LE TRAITÉ DE LISBONNE

Jean Paul JACQUÉ
Professeur émérite à
l'Université de Strasbourg
Directeur général honoraire au
Conseil de l'Union européenne

Sur le plan institutionnel, le traité de Lisbonne n'apporte guère de changement par rapport au texte de la Constitution. Si l'on excepte la transformation du titre de Ministre des affaires étrangères en Haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité, les principales mesures contenues dans le texte rejeté par référendum en France se retrouvent dans le traité sur l'Union européenne et dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cette situation n'est pas surprenante dans la mesure où la question institutionnelle n'avait guère fait l'objet de controverses lors des débats de ratification et que nul ne souhaitait rouvrir des accords péniblement atteints. Tout au plus, la procédure de vote au Conseil a fait l'objet d'une forte contestation polonaise. Mais l'accord s'est fait sur la confirmation de celle-ci avec une entrée en vigueur progressive en deux étapes assortie du compromis de Ioanina.

Dans ces conditions, si l'on veut analyser la portée des dispositions du nouveau traité, il est naturel de se rapporter aux intentions des auteurs de la Constitution. On en trouvera quelques éléments dans les travaux de la Convention, mais l'essentiel des dispositions institutionnelles n'a guère été débattu au sein de la Convention puisque le Président Giscard d'Estaing avait souhaité garder le débat institutionnel pour la fin sans qu'il ait fait l'objet d'analyse préalable au sein de groupes de travail si l'on n'excepte la question des rapports avec les parlements nationaux. Quant aux négociations intergouvernementales qui ont suivi la Convention, elles n'ont guère connu de publicité.

Cependant, il était clair dès la déclaration de Laeken que l'objectif essentiel était de renforcer l'efficacité d'institutions conçues pour une communauté de six Etats membres et mise en cause par les élargissements successifs de l'Union. Cet objectif s'accompagnait d'un mouvement en faveur de la démocratisation du système, mouvement qui a été présent lors de toutes les révisions successives des traités. Mais ces réformes ne remettent pas en cause le cadre institutionnel général dont on présume qu'il est toujours adapté aux besoins d'une Union de vingt-sept membres.

I. Renforcer l'efficacité du système institutionnel

Le renforcement du système institutionnel passe par un certain nombre d'aménagements qui concernent tant le Conseil européen que la Commission et la gestion des affaires étrangères. Par contre, le Conseil reste largement inchangé si l'on excepte la modification du mode de scrutin qui relève autant de la démocratisation que de l'efficacité

A. Le Conseil européen, une institution dotée d'un président permanent

La transformation du Conseil européen en institution est l'aboutissement d'un long processus. Jusqu'à l'adoption de l'Acte unique européen, le Conseil européen était une réunion informelle des chefs d'Etat et de gouvernement. L'Acte unique et les traités successifs ont peu à peu précisé sa composition et ses fonctions sans pour autant lui donner un statut d'institution, car on souhaitait préserver son mode informel de fonctionnement. C'est ce statut qu'il acquiert avec le traité de Lisbonne ce qui a comme conséquence juridique essentielle de soumettre les actes qu'il pourrait adopter au contrôle de la Cour de justice. Mais l'objectif de la mesure n'est pas de nature juridique. L'entrée du Conseil dans le cadre institutionnel lui confère sans doute une légitimité accrue, mais elle permet également une certaine rationalisation puisque cette institution nouvelle sera comme toutes les autres dotée d'un règlement intérieur.

Les fonctions du Conseil européen ne varient guère si ce n'est que la suppression de la structure en piliers et le statut d'institution permettent de mettre un terme à la dichotomie entre Conseil européen et Conseil réuni au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement, dichotomie qui était nécessaire pour permettre aux chefs d'Etat et de gouvernement d'exercer certaines des fonctions de nomination ou de fixation de lignes directrices qui lui étaient attribuées par le traité CE. Désormais, le Conseil européen pourra continuer à fixer les orientations destinées à guider l'action de l'Union et simultanément d'accomplir les tâches de nomination et d'arbitrage (dans le domaine de la sécurité social ou de l'espace de liberté, de sécurité et de justice) que lui confèrent les traités. Par contre le traité de Lisbonne exclut clairement toute participation au travail législatif lequel reste l'apanage du Conseil. L'hypothèse selon laquelle le Conseil européen pourrait se substituer au Conseil législateur est donc définitivement abandonnée. L'institutionnalisation du Conseil européen qui sera doté d'un règlement intérieur se fera au détriment de la souplesse de fonctionnement qui l'avait caractérisé jusqu'à présent. En fait, on doit s'attendre à peu de changement, les conclusions du Conseil européen de Séville avait déjà bien atténué l'informel en chargeant le Coreper et le Conseil „affaires générales” de préparer les réunions du Conseil européen. La „bruxellisation” de l'institution fait son chemin au détriment des sherpas nationaux qui revendiquaient la préparation des réunions. L'avantage sera de situer davantage les travaux dans une optique „communautaire”.

L'innovation principale réside dans la création d'un président du Conseil européen élu pour deux ans et demi à la majorité qualifiée, renouvelable une fois et dont les fonctions ne peuvent être cumulée avec un mandat national. L'institution d'une présidence permanente trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la préparation et la continuité des travaux du Conseil européen. En effet, le dispositif pêchait surtout par l'absence d'un processus de suivi des conclusions du Conseil européen. Du fait de l'existence d'une présidence tournante, certaines des conclusions du Conseil européen pouvaient se trouver ignorées par les présidences successives. Le Président permanent aura pour mission d'aiguillonner les différentes institutions de l'Union afin

qu'elles donnent une suite satisfaisante aux orientations dégagées. Il constituera la mémoire de l'institution et son bras exécutif. Certes, son pouvoir sera essentiellement d'exhortation, mais, compte tenu de la légitimité du Conseil européen, ses incitations pourront être difficilement négligées. La Commission n'a pas accepté cette réforme de gaîté de cœur. En effet, le nouveau président peut faire de l'ombre au Président de la Commission²⁰⁵. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les auteurs du traité ont délimité avec soin les fonctions du président du Conseil européen. Mais, même dans ce cas, il n'est pas exclu que le nouveau président fasse figure dans l'opinion publique de président de l'Union et acquière progressivement une légitimité comparable à celle d'un chef d'Etat. Tout dépendra des précédents établis par la personne choisie pour exercer en premier cette fonction. De la même manière, puisque le président du Conseil européen doit représenter l'Union „à son niveau” dans le cadre de la PESC, un *modus vivendi* devra être trouvé avec le Haut représentant. Ce sera d'autant plus aisé que le Haut représentant, bien que membre de la Commission, est désigné par le Conseil européen. On peut penser que le Président du Conseil européen dirigera la délégation de l'Union les rencontres avec des chefs d'Etats étrangers en compagnie du Président de la Commission compétent pour la politique commerciale commune et les aspects externes des politiques internes²⁰⁶. Seule l'expérience pourra nous instruire sur le fonctionnement d'un système dont l'équilibre dépendra beaucoup des personnalités en présence et de leurs charismes respectifs.

²⁰⁵ Certains ont pensé résoudre la contradiction en confiant à la même personne la présidence du Conseil européen et celle de la Commission. Il est vrai que le traité n'établit pas formellement d'incompatibilité entre les deux fonctions. Mais les auteurs du traité ne l'ont certainement pas envisagée. Si c'était le cas, auraient-ils prévu dans l'article 15, paragraphe 6, b) que le Président du Conseil européen travaille en coopération avec le Président de la Commission si les deux fonctions devaient être fusionnées

²⁰⁶ Ici encore rien ne permet de discerner si le président aura un rôle purement représentatif ou prendra véritablement part aux négociations pour défendre le mandat du Conseil.

B. La gestion des relations extérieures

Retrouvant la dénomination de Haut représentant pour la PESC, mais sans que lui soit accolée la qualité de secrétaire général du Conseil, la fonction de Haut représentant connaît une mutation importante. C'est l'introduction du „double chapeau”. A la fois désigné par le Conseil européen et responsable devant lui, le Haut représentant est vice-président de la Commission. Il est soumis avec celle-ci au vote d'investiture du Parlement. L'unité de l'exécutif est ainsi établie dans le domaine des relations extérieures. Certes le Haut représentant n'est compétent que pour la PESC, mais en sa qualité de vice-président, il animera vraisemblablement un groupe de commissaires ayant la responsabilité d'autres aspects „communautaires de la de la politique extérieure comme la politique commerciale commune, le développement et l'action humanitaire. Ce sera le moyen d'assurer la cohérence qu'il est chargé d'établir dans la politique extérieure de l'Union. A cette fin, il aura à sa disposition le service diplomatique commun, nouvel instrument créé par la fusion des services de la Commission et du Conseil avec l'adjonction de diplomates nationaux détachés. Enfin, innovation considérable, il présidera le Conseil dans sa formation „affaires étrangères”.

Ici encore, l'impact réel de la réforme est difficile à évaluer. Tout dépendra de la manière dont s'harmoniseront les pièces que met le traité ensemble. C'est certes une question d'organisation, mais également de personnalité. En effet, le traité institue une schizophrénie au sommet. Comment le haut représentant pourra-t-il être à la fois le représentant de la Commission, et, par fonction, le défenseur des thèses de celle-ci, mais jouer le rôle d'une présidence du Conseil qui doit, au sein de celui-ci, rechercher, parfois au détriment de la Commission, le consensus? Comment fonctionnera la cohabitation avec des collègues chargés au sein de la Commission d'autres aspects des relations extérieures tout en maintenant la cohérence de cette politique? Comment exercera-t-il le pouvoir d'initiative et d'exécution propre que lui reconnaît le traité tout en respectant le principe de collégialité? Quelles relations établir avec le Parlement qui contrôle le budget? Ne s'agit-il pas du début d'une expérience fascinante qui si elle

réussit pourrait permettre à la vision exprimée par certains auteurs sur un regroupement des fonctions exécutives exercées par le Conseil et le Parlement entre les mains d'une seule personne ou d'une seule institution de s'imposer?

C. La Commission, la fin du déclin?

Depuis la fin du mandat de la Commission présidée par Jacques Delors, on constate à un déclin progressif de l'autorité de la Commission sans que pour autant ce déclin puisse être imputé à la seule personnalité des présidents successifs de la Commission²⁰⁷. Il existe en effet des causes structurelles sur lesquels le charisme éventuel d'un président n'a guère d'influence.

Pour remédier à cette situation, les Etats membres ont dans un premier temps renforcé la légitimité et l'autorité du Président de la Commission. Cela ressort de l'évolution de son mode de désignation qui au fil du temps a impliqué une intervention de plus en plus importante du Parlement européen. A l'origine, le Président était désigné par le Conseil européen après consultation du bureau du Parlement, puis la consultation s'est transformé en un accord du Parlement. Enfin, le traité de Lisbonne prévoit une élection sur proposition du Conseil européen. Le Président tire donc sa légitimité tant des peuples que des Etats. L'emploi du terme d'élection dans le traité de Lisbonne, bien qu'il ne change pas au fond la procédure, a eu des conséquences politiques en renforçant le lien entre le Président de la Commission et le Parlement, voire sa dépendance à l'égard de celui-ci. Avant son élection, le Président Barroso a ainsi du négocier avant les différents groupes politiques et adapter son programme aux exigences de ceux-ci. Le traité de Lisbonne rend d'ailleurs l'élection du Président plus difficile puisque la majorité absolue est requise alors que jusqu'à présent la majorité relative était suffisante.

²⁰⁷ Il est vrai que certains pensent qu'avec la Commission Halstein, la Commission Delors constitue une exception due tant à la personnalité des présidents qu'aux circonstances de l'époque dans un contexte général de faiblesse des Commissions successives.

Bénéficiant d'une légitimité propre, le Président de la Commission participe à la désignation des commissaires qui ne peuvent être nommés sans son accord. Il a d'ailleurs eu l'occasion lors du dernier élargissement d'exercer à sa propre initiative ce droit de refus alors qu'il avait été contraint par le Parlement de demander une modification de la composition de la Commission lors de son investiture. Ainsi la maîtrise de la composition de la Commission est partagée entre les Etats membres et le Président de la Commission en ce qui touche au choix des membres et entre le Parlement et le Conseil en ce qui concerne l'investiture du collège dans son ensemble.

Le traité de Nice permet au Président d'exiger la démission d'un membre de la Commission avec l'appui de la majorité du collège. Le traité de Lisbonne va plus loin en confiant au Président seul un pouvoir discrétionnaire de mettre fin au mandat d'un membre. Si l'on ajoute à cela le fait que la répartition des portefeuilles relève de la responsabilité du Président et que traité le charge de définir les orientations politiques qui seront suivies par le collège, on réalise combien le statut du Président a évolué depuis le traité de Rome. A l'origine *primus inter pares*, il est progressivement devenu l'équivalent d'un chef de gouvernement. Or cette évolution n'a pas exercé une influence significative pour enrayer le déclin de l'institution.

Serait-ce parce que les causes de ce déclin résidaient davantage dans la composition du collège que dans l'absence d'autorité de son président? En effet, la Commission comporte actuellement un commissaire ayant la nationalité de chaque Etat membre. Or l'élargissement de l'Union a entraîné un accroissement du nombre de commissaires qui présente un certain nombre d'inconvénients pour l'institution. Inconvénients d'ordre pratique d'abord, l'extension des secteurs d'activité de la Commission n'a pas suivi l'augmentation du nombre de commissaires. Il en résulte l'octroi à certains commissaires de compétences fort limitées, comme par exemple le multilinguisme, mais également des difficultés à coordonner l'activité de membres trop nombreux du collège. Mais ces difficultés peuvent être partiellement surmontées, comme c'est le cas actuellement pour la compétitivité et comme ce sera

vraisemblablement le cas après Lisbonne pour les relations extérieures, en mettant en place des groupes de commissaires sous l'autorité d'un vice-président. L'inconvénient majeur de la situation actuelle est d'ordre politique. En effet, dans la mesure où la Commission compte un commissaire ayant la nationalité de chaque Etat, ceux-ci ont naturellement tendance à voir dans le commissaire de sa nationalité un représentant de leurs intérêts. Au-delà prohibition juridique formelle des traités, certains Commissaires sont tentés d'intervenir en faveur de « leur Etat », ce qui conduit les autres à se joindre à ce jeu. Dès lors on assiste à une intergouvernementalisation progressive de la Commission. Il convient de pas être naïf. Cette situation a toujours existé, mais elle était autrefois corrigée par une composition qui donnait deux commissaires aux cinq grands Etats membres et un aux plus petits. Actuellement, chaque commissaire dispose d'une voix et la majorité à la Commission est fort éloignée de celle exigée au Conseil. D'où la tendance naturelle du Président de la Commission afin d'éviter des problèmes au sein du collège de prénégocier certaines initiatives avec les Etats afin d'obtenir le support politique nécessaire. C'est sans doute une des causes de l'abaissement de la Commission qui pourrait conduire celle-ci à ne plus représenter l'intérêt général, mais une somme d'intérêts particuliers. Alors qu'elle pouvait résister aux Etats avec les armes que lui donne le traité au nom de cet intérêt général, elle le sacrifie à l'avance pour assurer le succès de ses initiatives. L'intergouvernementalisation de la Commission est à l'origine de ce phénomène. Or l'autorité de la Commission réside en sa capacité de dégager l'intérêt général et à le promouvoir grâce aux armes que lui donne le traité et notamment son article 250. Les auteurs du traité de Nice l'avaient bien compris qui prévoyaient une réduction du nombre de commissaires lors de la nomination de la Commission qui suivrait le moment auquel la Communauté comporterait 27 Etats membres. La Commission nommée en 2009 devait donc être soumise à la règle de la réduction. Le traité de Lisbonne repoussait l'échéance en 2014, mais précise que le nombre de membres ne peut excéder les deux tiers du nombre d'Etats membres sur la base d'une rotation. La fin de l'intergouvernementalisation était donc retardée, mais programmée.

Cependant, afin de rassurer la population irlandaise en vue du référendum de ratification, le Conseil européen a décidé d'utiliser la faculté que lui offrait le traité de modifier le nombre de commissaires et d'en revenir à un commissaire par Etat membres. L'intergouvernementalisation de la Commission demeurera.

Mais, au delà de l'effet néfaste de cette intergouvernementalisation, subsiste un véritable problème institutionnel. L'évolution constatée pendant plus de cinquante ans a moins mis à mal l'indépendance des commissaires que celle de la Commission. En effet, au fil des révisions successives des traités, le triangle institutionnel a connu un profond „rééquilibrage” en faveur du Parlement. Les conséquences ont certes affecté le Conseil, mais à un niveau moindre que la Commission. Pendant de longues années, alors que le Parlement ne disposait que d'un pouvoir consultatif, celui-ci ne pouvait espérer imposer ses vues qu'en passant par le canal de la Commission. L'alliance entre le Parlement et la Commission constituait donc un élément stable du jeu interinstitutionnel. Mais l'apparition de la codécision, puis l'extension du champ d'application de cette procédure ont changé la donne. Puisque le Parlement peut discuter directement avec le Conseil, l'entremise de la Commission n'est plus indispensable. Le Parlement s'est donc distancié de celle-ci et a progressivement renforcé son emprise sur le collège sous la menace implicite de la censure²⁰⁸. Il a entrepris de lui lier les mains à travers une succession d'accords-cadres. Dans le cadre du processus législatif, la Commission conserve le monopole de l'initiative, mais elle a de plus en plus de mal à protéger sa proposition dans le déroulement de la procédure²⁰⁹. En outre, la dépendance instauré par le

²⁰⁸ Certes aucune Commission n'a été censurée bien que la Commission Santer fut à deux doigts de l'être. Mai ce n'est pas parce que l'on n'en parle pas que l'on y pense pas et que le „deterrent” n'est pas efficace.

²⁰⁹ En dernière lecture dans le cadre de la procédure de codécision, l'article 251 prive la Commission du pouvoir de protéger son initiative. Mais, même lorsqu'elle dispose de ce pouvoir en première ou deuxième lecture, elle en use rarement dès lors qu'un accord entre le Parlement et le Conseil est envisageable, voire même lorsqu'elle est en désaccord avec un

Parlement affaiblit la position de la Commission vis-à-vis du Conseil. Ce dernier a besoin d'une Commission forte qui soutienne ses propositions sur la base de l'intérêt général. Dans la mesure où la position de la Commission est de plus en plus déterminée par le Parlement, le Conseil préfère discuter directement avec le Parlement et la qualité du dialogue avec la Commission en souffre. En bref, un rééquilibrage du système est indispensable si l'on souhaite conserver le principe selon lequel la Commission doit défendre ce qu'elle estime être l'intérêt général face aux Etats et aux représentants des peuples. Or toute discussion à ce sujet lors de la Convention semblait frappée d'interdit, car une réforme qui consisterait à donner à la Commission des armes lui permettant de résister au Parlement ne manquerait pas de soulever de vives protestations parlementaires auxquelles nul n'a envie de faire face²¹⁰. Ni la constitution, ni le traité de Lisbonne ne se sont attachés à revoir les rapports au sein du triangle institutionnel laissant le système évoluer vers un régime d'assemblée. Certes, nous sommes loin de ce résultat et la majorité des deux tiers exigée pour voter la censure constitue un frein efficace aux dérives éventuelles vers une instabilité chronique. Cependant, point n'est besoin que la censure soit votée pour qu'elle constitue une arme de dissuasion efficace afin d'asseoir le pouvoir du Parlement sur la Commission. Un jour ou l'autre, une réflexion d'ensemble sur la nature du système politique de l'Union devra être menée.

D. Un Conseil inchangé

Tout comme le Parlement, le Conseil sort presque intact du processus de réforme. Après de longues discussions sur la présidence, le système actuel est préservé. Certes, l'idée d'une présidence collective de trois Etats pour 18 mois apparaît dans le

Conseil unanime. Plutôt que de bloquer un texte, elle préfère le laisser poursuivre sa route dans l'espoir que le Parlement l'amendera.

²¹⁰ Le gouvernement français avait timidement tenté d'introduire des éléments de réflexions sur un éventuel pouvoir de dissolution. Cette initiative a été accueillie dans l'indifférence générale et le président de la Convention qui s'était octroyé le monopole de la réflexion institutionnelle n'en a pas tenu compte.

texte, mais cette période est divisée en trois périodes de six mois. Le seul intérêt de l'opération, et il n'est pas négligeable, sera de permettre une programmation des travaux entre présidences successives sur 18 mois. A vrai dire, les arguments en faveur d'une réforme n'avaient guère de pertinence. On faisait valoir que la présidence tournante induisait une absence de continuité. C'était inexact en ce qui concernait les relations extérieures puisque la tâche d'assurer la continuité et la cohérence revenait au Haut représentant et que la réforme introduite par le traité de Lisbonne renforce cet aspect. En ce qui concerne les politiques internes, le temps n'est plus où chaque présidence pouvait en fonction de ses intérêts décider de quels dossiers traiter. L'activité du Conseil fait l'objet d'une programmation et doit tenir compte des impératifs des autres institutions. En outre les contraintes en matière de délais imposées par la codécision laissent peu de latitude à la présidence qui est obligée de traiter certains dossiers que cela lui plaise ou non. Enfin, les commandes passées par le Conseil européen constituent une contrainte supplémentaire. Dans ces conditions, la marge de liberté de chaque présidence est faible. En outre, la durée limitée à six mois est un excellent incitatif pour les présidences qui souhaitent inscrire à leur actif des résultats et imposent de ce fait au Conseil un rythme de travail soutenu. Les inconvénients de la formule sont ailleurs. La présidence tournante affaiblit la défense des intérêts du Conseil dans ses rapports avec les autres institutions; En effet, soucieuse d'obtenir des résultats rapides, la présidence peut être prête à faire des concessions aux autres institutions sur des points qui touchent aux prérogatives du Conseil. Elle risque de faire prévaloir les intérêts à court terme de "sa" présidence sur les intérêts à long terme du Conseil. Il en résulte des modifications progressives de l'équilibre institutionnel à moins que les autres membres du Conseil ne réagissent. En outre, avec l'élargissement, un Etat n'exerce plus la présidence que tous les 13 ans. La conséquence en est la perte du capital d'expérience de la présidence qui existait dans les Etats membres lorsque la fonction était exercée tous les trois ou quatre ans. L'expérience institutionnelle ne réside plus que dans le secrétariat général qui se trouve promu au rang de défenseur des intérêts de

l'institution non seulement en face des autres institutions, mais parfois aussi de la présidence.

L'autre modification essentielle réside dans le passage à la majorité qualifiée d'un grand nombre de domaines qui relevaient auparavant de l'unanimité. En effet, la majorité qualifiée devient la règle décisionnelle de principe et s'applique à 33 nouvelles bases juridiques. Bien entendu, des domaines sensibles tels que la fiscalité ou la PESC reste exclu. De plus, dans la JAI pour la coopération judiciaire et policière, le principe dit du „frein-accelérateur” a été retenu. La décision est prise à la majorité qualifiée, mais tout Etat membre peut saisir le Conseil européen. Au cas où un accord ne serait pas trouvé au sein de celui-ci, une coopération renforcée est automatiquement ouverte si neuf Etats souhaitent y participer. Le fonctionnement du Conseil ne sera pas fondamentalement affecté par ce changement, mais l'efficacité du processus de décision sera considérablement améliorée.

II. La démocratisation

Le traité de Lisbonne est marqué par un accroissement considérable du rôle de la démocratie dans le fonctionnement des institutions à tel point que la thèse du prétendu „déficit démocratique” de l'Union n'est plus aujourd'hui qu'un argument politique sans fondement. A vrai dire si l'on compare le système de l'Union à celui de certains Etats membres, le „déficit démocratique” paraît plutôt se situer du côté de ces derniers. Le processus de démocratisation explore toutes les voies possibles tant de la démocratie représentative aussi bien dans le cadre de l'Union et dans le cadre national que le développement de la démocratie participative.

A. La démocratie représentative dans le cadre de l'Union

Elle se manifeste tant dans l'accroissement des cas soumis à codécision que dans les modifications introduites dans le fonctionnement du Conseil.

1. L'extension du champ d'application de la procédure de codécision

Le principe retenu dans le traité est que tout acte législatif est soumis, sauf exceptions limitées, à la procédure de codécision qui devient la procédure législative ordinaire. La procédure budgétaire elle-même est soumise à une forme abrégée de codécision. Le texte donne même le droit de dernier mot au Parlement, mais cette situation ne devrait jamais se produire. En effet, le Parlement décide en dernier ressort lorsque le Conseil ne peut accepter le budget sur lequel un accord avait été atteint au sein du comité de conciliation. Dans la mesure où tous les membres du Conseil sont également membres du comité de conciliation, il est peu probable qu'ils reviennent sur une solution qu'ils auraient acceptée. Le droit de dernier mot apparaît donc comme une concession symbolique, mais sans portée réelle.

En matière de conclusion d'accords internationaux, l'intervention du Parlement, sous la forme de l'approbation, est étendue à tous les secteurs qui relèvent de la codécision législative et non seulement, comme c'est le cas aujourd'hui, aux hypothèses dans lesquelles l'accord entraîne une modification d'un acte adopté en codécision. Enfin la codécision législative repose sur un accord entre Parlement et Conseil. Elle est étendue à quarante nouvelles bases juridiques. Le Parlement est désormais un véritable collèégislateur sur l'essentiel de la législation communautaire. Encore faudra-t-il que les citoyens prennent conscience de cette réalité et donnent au Parlement qui louera un rôle essentiel dans la définition du contenu des politiques une véritable légitimité démocratique à travers une participation significative aux élections européennes.

2. La démocratisation du processus législatif au sein du Conseil

Lorsqu'il agit en sa qualité de législateur, le Conseil participe de la démocratie représentative. Les membres du Conseil, membres de gouvernements démocratiquement désignés, représentent de manière indirecte les populations des Etats membres. Ici la

démocratisation se traduit par une ensemble de mesures dont la plus significative est la modification du système de vote à la majorité qualifiée. Mais il faut également noter que la pratique selon laquelle les débats législatifs sont publics est désormais ancrée dans le traité.

En ce qui concerne le vote à la majorité qualifiée, il est difficile de mesurer aujourd'hui la portée d'une mesure qui ne s'appliquera qu'en 2014 et trouvera son plein effet en 2017. Elle est assortie d'une réapparition du compromis de Ioanina, mais celui-ci est loin d'avoir la portée que l'on veut lui attribuer. Tout d'abord, il ne joue que lorsque aucun texte communautaire n'impose de délais ce qui exclut son utilisation lors du vote du budget ou après la première lecture en codécision. En outre, le fait que le règlement intérieur impose le recours au vote lorsqu'une majorité d'Etats le demande permet d'interrompre un blocage qui durerait au-delà d'un délai raisonnable. Enfin, lors de son existence précédente, le compromis de Ioanina n'a été invoqué qu'une seule fois. Pour le reste, la nouvelle majorité de 65 % de la population et de 55% des membres est le fruit d'un équilibre entre grands et petits Etats membres complété par l'exigence qu'une minorité de blocage comporte au moins quatre Etats ce qui limite le pouvoir de blocage des grands et permet à une législation d'être adoptée en ce cas avec moins de 65 % de la population. Cependant le conflit potentiel entre grands et petits est très illusoire et ne correspond pas à la réalité du vote. Concrètement, dans la mesure où la position des Etats est fonction de critères économiques, environnementaux, culturels ou sociaux et non de présupposés idéologiques, il est extrêmement rare que leur importance démographique joue un rôle majeur dans la détermination de leur position. Sur un plan symbolique, la référence à la population est importante, mais aura-t-elle un effet dans la réalité? Force est de constater qu'après l'élargissement, le système de Nice, fondé sur la pondération, n'a pas fait obstacle à la prise de décision. La raison en est simple. Dans la plupart des cas, malgré l'existence d'une base juridique permettant le recours à la majorité qualifiée, le Conseil décide à l'unanimité. L'essentiel réside davantage dans la possibilité de voter à la majorité qualifiée que le mode de calcul de la majorité.

En effet, dès lors qu'un Etat membre ne peut plus bloquer seul la décision, il est contraint d'entrer dans une logique de négociation sous peine de se voir minorisé. Or, dans un climat de négociation, le Conseil parvient le plus souvent à trouver un accord unanime ou, si ce n'est pas le cas, les Etats qui s'opposent acceptent d'être minorisés parce qu'ils ont obtenu des concessions suffisantes. On se trouve dans une logique de solidarité et non de confrontation. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'une minorité de blocage parvient à empêcher toute prise de décision;

Le fait majeur est dès lors que le nouveau système de vote donnera aux actes une légitimité accrue compte tenu du soutien qui leur sera accordé par les représentants d'une très large majorité de la population.

B. La participation des Parlements nationaux

Le traité de Lisbonne reprend sur ce point les innovations de la constitution, mais en leur donnant une portée plus large. Les Parlements nationaux sont saisis d'une large ensemble de documents comprenant notamment les documents de la Commission et les projets d'actes nationaux. S'agissant des projets législatifs, un acte ne pourra être adopté avant l'expiration d'un délai de huit semaines (actuellement six semaines) après la transmission. Ensuite, selon le protocole sur la subsidiarité, les Parlements nationaux pourront adresser un avis motivé sur le respect de ce principe aux présidents du Parlement du Conseil et de la Commission. Cet avis est adressé aux Etats membres auteurs d'un projet, à la Banque centrale, à la BEI ou à la Cour de justice lorsque le traité leur donne un droit d'initiative.

Si ces avis motivés émanent d'un tiers des voix²¹¹ des parlements nationaux²¹², la proposition devra faire l'objet d'un réexamen par ses auteurs. Celui-ci pourra se conclure par une décision motivée de maintien, de retrait ou de modification. Si les avis motivés

²¹¹ Un quart des voix s'il s'agit d'une proposition fondée sur l'article 76 dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité de justice.

²¹² Chaque chambre dispose d'une voix et, dans les systèmes monocaméraux, l'unique chambre dispose de deux voix.

émanent de la majorité des voix accordées aux Parlements nationaux, le législateur devra, à la suite du réexamen et en cas de maintien de la proposition, examiner cette décision de maintien avant la fin de la première lecture et se prononcer par un vote. 55% des Etats membres ou la majorité de suffrages exprimés au Parlement pourront décider de mettre fin à l'examen de la proposition. Cette décision sera sans doute fortement conditionnée par la position des parlements nationaux et, dans un tel cas, ce n'est vraisemblablement pas sans de sérieuses raisons que le Conseil, composé de gouvernements responsables devant les parlement nationaux, décidera de poursuivre l'examen. On notera que, dans ce vote, seule la majorité des Etats est requise et qu'il n'est pas tenu compte de la majorité de la population.

Enfin, comme c'était le cas dans la Constitution, un Etat de son propre mouvement ou à la demande de son Parlement ou une chambre de celui-ci pourra saisir la Cour de justice d'un recours en annulation fondé sur la subsidiarité.

L'intelligence du système est de faire des Parlements nationaux qui sont au premier chef concernés par le respect de la subsidiarité, les gardiens du respect de celles-ci. Pour que le système soit efficace, les parlements nationaux devront se doter de structures propres à leur permettre d'examiner promptement les actes communautaires et établir un réseau de consultation avec leurs homologues dans les autres Etats membres. Désormais, les parlements nationaux ne peuvent plus se considérer comme des exclus du système. Le traité leur offre des moyens d'intervention et il leur appartient de s'en saisir

B. La démocratie participative

Le système communautaire a toujours été ouvert à la participation des milieux économiques et des autres groupes d'intérêts. Avant de présenter une proposition importante, la Commission recueille depuis longtemps l'avis des intéressés. La nouveauté est que cette pratique trouve désormais un ancrage dans le traité. L'article 11 du TUE impose aux institutions de permettre aux citoyens et aux associations représentatives de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinion sur les

politiques de l'Union et pose en principe l'existence d'un dialogue „ouvert, transparent et régulier avec eux”.

Mais cet article établit surtout un droit d'initiative populaire à la demande d'au moins un million de citoyens ressortissants d'un nombre significatif d'Etats membres. Les conditions précises de cette initiative seront arrêtées en codécision entre le Parlement et le Conseil. Certes on a pu faire observer que la Commission ne serait pas obligée de donner suite à l'initiative, mais elle sera au moins appelée, dans ce cas, à expliquer sa position. De plus, si le nombre de pétitionnaire est important, il lui sera politiquement difficile de ne pas donner suite.

Ainsi le traité ouvre la voie à une nouvelle forme de pratique de la démocratie qui devrait rapprocher les institutions des citoyens.

Conclusion

Les différences entre le traité de Lisbonne et la défunte constitution ne sont pas fondamentales ce qui ne saurait surprendre puisque les dispositions institutionnelles n'avaient pas rencontré d'obstacles majeurs lors des débats de ratification. Peut-on aujourd'hui prévoir l'effet de ces dispositions sur le fonctionnement du système de l'Union? L'espace démocratique ouvert devra être occupé par les acteurs politiques et les citoyens. A cet égard, l'attitude des partis politiques nationaux lors des élections européennes sera déterminant. Abandonneront-ils leur comportement traditionnel qui les conduisait à transformer de ces élections un second tour des élections nationales centré sur des débats largement interne et sauront-ils mettre au cœur des débats des questions relevant des compétences et du contenu des politiques de l'Union? Leur responsabilité est à cet égard capitale et c'est à eux qu'il appartiendra de faire de Lisbonne un succès. Pour le reste, le jeu des dispositions institutionnelles sera conditionné par leurs modalités de mise en œuvre ou dépendront des personnalités qui seront choisies ainsi que de la manière dont elles concevront leur mission. Mais, comme le disait le Général de Gaulle, une constitution, ce n'est pas seulement des institutions, mais aussi une pratique.