

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

50^{ÈME} ANNIVERSAIRE DE L'ARRÊT
50TH ANNIVERSARY OF THE JUDGMENT IN

VAN GEND EN LOOS

1963–2013

ACTES DU COLLOQUE ◇ LUXEMBOURG, 13 MAI 2013
CONFERENCE PROCEEDINGS ◇ LUXEMBOURG, 13 MAY 2013

COMITÉ ORGANISATEUR
ORGANISING COMMITTEE

Antonio Tizzano, Juliane Kokott, Sacha Prechal

Europe Direct

Europe Direct est un service destiné à vous aider à trouver des réponses aux questions que vous vous posez sur l'Union européenne.

Un numéro unique gratuit (*): **00 800 6 7 8 9 10 11**

(*) Certains opérateurs de téléphonie mobile ne permettent pas l'accès aux numéros 00 800 ou peuvent facturer ces appels.

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet via le serveur Europa (<http://europa.eu>).

Une fiche bibliographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2013
ISBN 978-92-829-1656-8
doi:10.2862/43367

© Union européenne, 2013
Reproduction autorisée, moyennant mention de la source
Printed in Belgium

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE ÉLÉMENTAIRE (ECF)

PRÉSENTATION PRESENTATION

ENVIRON UN AN APRÈS LA célébration de ses 60 ans, la Cour de justice a voulu célébrer un autre grand événement de son histoire, en organisant une journée d'étude à l'occasion des 50 ans de l'arrêt *Van Gend en Loos*.

Il est notoire que, lorsque, le 5 février 1963, la Cour a prononcé l'arrêt *Van Gend en Loos*, celui-ci, au vu du moment et du contexte, a paru véritablement révolutionnaire à une large partie des observateurs. Qu'il l'ait été ou non du point de vue, notamment, de la doctrine de droit international, il n'en demeure pas moins que cet arrêt, avec les autres qui, sur ses traces, ont été prononcés les années suivantes (et notamment l'arrêt *Costa/ENEL* de 1964), a profondément influencé le développement de l'ordre juridique communautaire et, de manière plus générale, le processus d'intégration lui-même.

S'il est certes possible d'apprécier de manière différente tant la nature et la portée de l'arrêt que ses retombées, il apparaît cependant plus difficile de douter que celui-ci ait représenté un véritable tournant dans l'histoire judiciaire des Communautés, et donc de l'Union.

La Cour ne pouvait dès lors pas ignorer un tel anniversaire. Ainsi, il lui a paru souhaitable de lui consacrer une journée de réflexion, rassemblant à Luxembourg des scientifiques de renom en provenance d'un très large spectre de cultures académiques.

Les invités ont tous répondu avec enthousiasme à l'appel de la Cour, et tous ont assuré une participation de très haut niveau, comme en atteste la lecture de leurs contributions.

La journée de réflexion s'est articulée sur trois sessions, précédées d'une introduction générale. Chacune des trois sessions était consacrée à l'un des sujets considérés comme les plus intéressants, à savoir respectivement: a) le contexte politico-économique, avec un regard sur les protagonistes, les auteurs et les répercussions immédiates de l'arrêt; b) ses retombées, notamment sur l'ordre juridique de l'Union, sur la protection juridictionnelle des particuliers et sur le statut de ceux-ci; c) les perspectives ouvertes pour la citoyenneté

européenne, la protection des droits fondamentaux et la position de l'Union dans l'ordre juridique international. Des conclusions ont été finalement tirées des rapports et des débats qui s'en sont suivis.

Bien que comprimé en une seule journée, ce programme très chargé s'est intégralement déroulé de manière efficace, en présence d'environ 700 personnes, dont certaines ont pu intervenir dans les débats. L'évènement était en effet ouvert au public et quiconque pouvait y participer, en s'enregistrant sur le site internet de la Cour qui transmettait en direct le déroulement des travaux. Par ailleurs, la retransmission en différé ainsi que les actes de la conférence restent disponibles sur ce site.

Certes, l'entière des thématiques liées à l'arrêt, qui ont animé la doctrine du jour du prononcé de celui-ci, n'a pas été traitée et personne ne se leurre d'avoir donné une réponse définitive aux questions qui ont été examinées. En réalité, tel n'était pas l'objectif de la journée, qui était plutôt de faire le point sur la situation afin de relancer le débat et non de dresser un bilan ou clôturer la réflexion. Si, en effet, d'un côté, il était opportun de mieux faire connaître l'origine et l'impact immédiat de l'arrêt, de l'autre côté, d'importantes pistes d'analyses peuvent encore être parcourues pour placer en une perspective moderne les effets de l'arrêt au regard des développements futurs du droit de l'Union et de son système juridictionnel.

IV

Les résultats parfaitement satisfaisants de la journée justifient la pleine reconnaissance de la Cour aux rapporteurs, aux membres des panels de discussion et aux intervenants dans les débats ouverts, qui ont contribué de manière déterminante au succès de la journée et qui méritent d'être tous sincèrement et vivement remerciés.

Des remerciements doivent également être adressés à nos référendaires, MM. Paolo Iannuccelli, Daniel Dittert et Jan Inghelram, ainsi qu'aux services compétents de la Cour et aux interprètes.

LE COMITÉ ORGANISATEUR
Antonio Tizzano, Juliane Kokott, Sacha Prechal

50^{ÈME} ANNIVERSAIRE DE L'ARRÊT VAN GEND EN LOOS
50TH ANNIVERSARY OF THE JUDGMENT IN VAN GEND EN LOOS

TABLE DES MATIÈRES

CONTENTS

Présentation / Presentation III

OUVERTURE DES TRAVAUX

OPENING ADDRESS

A. Tizzano
Mot d'accueil 5

V. Skouris
Allocution 7

INTRODUCTION GÉNÉRALE

GENERAL INTRODUCTION

J. H. H. Weiler
**Revisiting *Van Gend en Loos*: Subjectifying
and Objectifying the Individual** 11

PREMIÈRE SÉANCE DE TRAVAIL — L'ARRÊT

FIRST WORKING SESSION — THE JUDGMENT

PRÉSIDENTE DE SÉANCE ♦ CHAIRPERSON

M. Cremona
The Judgment – Framing the Argument 23

INTERVENTIONS ♦ INTERVENTIONS

P. Gori Souvenirs d'un survivant	29
J. Ziller Les réactions des milieux institutionnels, nationaux et scientifiques de l'époque	37

DEUXIÈME SÉANCE DE TRAVAIL – LES RETOMBÉES
SECOND WORKING SESSION – THE IMPACT

PRÉSIDENT DE SÉANCE ♦ CHAIRPERSON

C. Tomuschat Introduction	49
---	----

INTERVENTIONS ♦ INTERVENTIONS

I. Pernice The Autonomy of the EU Legal Order — Fifty Years After <i>Van Gend</i>	55
F. Picod Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels	81
B. De Witte The Impact of <i>Van Gend en Loos</i> on Judicial Protection at European and National Level: Three Types of Preliminary Questions	93

PANEL DE DISCUSSION ♦ DISCUSSANTS

M. Claes The impact of <i>Van Gend en Loos</i> beyond the scope of EU law	103
--	-----

D. Halberstam	
Internal Legitimacy and Europe’s Piecemeal Constitution: Reflections on <i>Van Gend</i> at 50	111
C. Barnard	
<i>Van Gend en Loos</i> to(t) the future	117
M. Szpunar	
<i>Van Gend en Loos</i> from the perspective of new Member States	123

TROISIÈME SÉANCE DE TRAVAIL — LES PERSPECTIVES

THIRD WORKING SESSION — THE FUTURE PROSPECTS

PRÉSIDENT DE SÉANCE ◊ CHAIRPERSON

J.-P. Jacqué	
Introduction	129

INTERVENTIONS ◊ INTERVENTIONS

A. Epiney	
L’arrêt <i>Van Gend en Loos</i> et la citoyenneté de l’Union	135
M. Cartabia	
Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court.	155
P. Eeckhout	
The International Legal Order: Black holes, fifty shades of grey, or extending <i>Van Gend en Loos</i>?	169

PANEL DE DISCUSSION ◊ DISCUSSANTS

M. Bobek	
<i>Van Gend en Loos</i> +50: the Changing Social Context of Direct Effect.	181

H. Ruiz Fabri Conjuguer justice et prudence: commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union	189
H. Labayle Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt <i>Van Gend en Loos</i> ?	197

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

CONCLUDING REMARKS

J.-V. Louis	205
-------------------	-----

ANNEXE ◇ ANNEX

Affaire 26-62 <i>Van Gend en Loos</i>	229
Case 26/62 <i>Van Gend en Loos</i>	285

Mot d'accueil

Antonio Tizzano

PRÉSIDENT DU COMITÉ ORGANISATEUR

M. le Président,

Excellences,

Chers Collègues,

Mesdames, Messieurs,

En ouvrant les travaux de cette journée de réflexion consacrée à l'arrêt *Van Gend en Loos*, j'ai l'honneur de vous souhaiter à tous la bienvenue la plus cordiale.

Le comité organisateur est très heureux de voir rassemblée dans les salles de la Cour une assistance aussi nombreuse et qualifiée. Votre présence ici est en effet la meilleure réponse à laquelle la Cour pouvait aspirer lorsqu'elle a pris l'initiative de célébrer le 50^{ème} anniversaire de cet arrêt.

Certes, on peut discuter — et on discutera tout au long de cette journée — sur la portée réelle et les implications effectives de l'arrêt *Van Gend en Loos*; on peut le soumettre à une analyse, même sévère, le commenter et, le cas échéant, le critiquer. Toutefois, il est difficile de sérieusement soutenir que cet arrêt ne constitue pas l'un des premiers jalons — et des plus solides — qui ont marqué le chemin, parfois tortueux, de l'évolution du droit de l'Union et du processus d'intégration européenne.

À 50 ans de distance, la Cour ne pouvait passer sous silence une telle étape.

Voici donc l'objectif principal de cette journée: permettre à un panel sélectionné de juristes, spécialisés et hautement qualifiés, de mener une réflexion approfondie sur l'arrêt et de stimuler le débat sous différents angles d'analyse.

À ces fins, le programme de la journée s'articule en trois parties, dédiées précisément aux aspects que nous avons considérés comme les plus intéressants.

Par ailleurs, malgré cette sélection, le programme, je le reconnais, reste particulièrement chargé et impose par conséquent à tout le monde un effort de synthèse. Par cette introduction, je veux donner le bon exemple, avec le souhait qu'il sera suivi par tous les intervenants.

Dès lors, je ne m'étendrai pas davantage sur le programme, et encore moins sur l'analyse de l'arrêt. Je me bornerai simplement à recommander aux rapporteurs et aux membres des panels de discussion de respecter strictement leur temps de parole. Les présidents de séance sont chargés, si nécessaire, de le rappeler aux orateurs, en exerçant cette tâche ingrate de manière stricte.

Mais cette recommandation s'adresse, a fortiori, également aux participants aux débats ouverts. À cet égard, je rappelle que ceux qui veulent prendre la parole dans l'une des séances de travail doivent faire parvenir à la présidence le formulaire rempli qu'ils trouveront dans le matériel de la conférence. Il est évident que plus les orateurs respecteront leur temps de parole, qui est de 3 minutes, plus grand sera le nombre des intervenants.

Avant de terminer, je voudrais encore, au nom également des autres membres du comité organisateur, M^{me} l'avocat général Juliane Kokott et M^{me} la juge Sacha Prechal, remercier nos collaborateurs et les services de la Cour qui ont travaillé avec une grande efficacité à l'organisation de cette rencontre, ainsi que M. Ezio Perillo, juge au Tribunal de la fonction publique, qui a contribué à animer nos réflexions dès le début de l'organisation de cette initiative.

Et maintenant, en vous souhaitant une excellente journée et un bon travail, je prie M. le Président Skouris de prononcer son allocution.

Allocution

Vassilios Skouris

PRÉSIDENT DE LA COUR

Excellences,

Chers Collègues et Confrères,

Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi tout d'abord de vous souhaiter la plus cordiale bienvenue à la Cour de justice de l'Union européenne. Nous nous sommes réunis aujourd'hui, aussi nombreux, pour commémorer le 50^{ème} anniversaire du prononcé de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Van Gend en Loos*. Il est vrai que, à première vue, l'organisation de cette conférence peut paraître inhabituelle, et cela pour plusieurs raisons. Les plus traditionalistes pourraient dire que la Cour s'exprime par ses arrêts et ne saurait célébrer ses arrêts. D'autres, plus progressistes, pourraient se demander pourquoi commémorer cet arrêt en particulier et pas un autre, ou même une série de grands arrêts de la Cour.

Afin de mettre en exergue la logique qui sous-tend cette manifestation, il faudrait tout d'abord prendre en considération le symbolisme du nom usuel de cet arrêt: Van Gend en Loos. En effet, Van Gend en Loos, comme plusieurs autres grands accomplissements, trouve ses origines dans une histoire d'amour. C'est ainsi que l'histoire de Van Gend en Loos commence lorsque Jean Baptiste Van Gend, un cocher anversois, tombe amoureux de l'aubergiste

Maria Francisca Loos, de l'auberge De Kroon à Anvers, où il laisse reposer ses chevaux. En 1796, leur mariage a réuni les deux entreprises familiales en une entreprise de diligences. Grâce au fait que le roi Guillaume I^{er} a fait construire des routes revêtues au début du XIX^e siècle, l'entreprise a tout de suite pris de l'ampleur.

Les premiers grands trajets en diligence menaient vers Paris et Amsterdam. À l'époque, ce genre de voyage prenait du temps. En 1848, en partant du nord-est de la Belgique, il fallait quatre jours pour atteindre La Haye.

Avec le détronement du transport de personnes par diligence provoqué par le développement des transports par chemin de fer, Van Gend en Loos a su s'adapter aux nouvelles circonstances en se concentrant sur le transport de marchandises vers et depuis la gare et, progressivement, au transport de marchandises par route.

Au moment du déroulement de la procédure préjudicielle, Van Gend en Loos est devenue une filiale des chemins de fer néerlandais et «roule» avec des fourgonnettes anglaises de la marque Commer, dont les portes coulissantes si caractéristiques sont devenues presque un symbole pour l'entreprise.

Quelques décennies plus tard, Van Gend en Loos est reprise par Nedlloyd, puis par Deutsche Post en 1999. Son nom disparaît définitivement du marché en 2003, au moment de sa fusion avec DHL.

Nous voyons donc qu'un des arrêts les plus emblématiques de la Cour prend son nom d'une entreprise familiale, établie en Belgique, active dans un premier temps en Belgique, aux Pays-Bas et en France, puis partout en Europe. Une entreprise dont l'activité était consacrée au transport des personnes et des marchandises et donc, l'on pourrait dire, au rapprochement des peuples européens. En d'autres termes, une vraie histoire européenne.

Aujourd'hui, une simple recherche sur Google avec le nom Van Gend en Loos donne presque exclusivement des résultats relatifs à la jurisprudence de la Cour. Si le nom Van Gend en Loos a disparu dans le monde des entreprises de transport, il restera toujours synonyme du principe fondamental de l'effet direct du droit de l'Union européenne.

Tout au long de cette journée, nous aurons l'opportunité de discuter de manière exhaustive de tous les aspects de cet arrêt. J'ai donc décidé de m'abstenir,

lors de cette brève allocution introductive, de commentaires sur le contenu et l'importance de cet arrêt. Néanmoins, j'aimerais souligner que les enseignements de l'arrêt *Van Gend en Loos* n'ont pas seulement une valeur historique.

Le principe de l'effet direct du droit de l'Union, la complémentarité de la procédure préjudicielle et de la procédure en manquement et la nature même de l'Union européenne en tant qu'ordre juridique supranational autonome sont des notions qui sont en constante évolution depuis cinquante ans. Au niveau juridictionnel, plusieurs arrêts de la Cour ont enrichi et complété cette jurisprudence. Au niveau politique, l'Union européenne a progressé énormément et elle ressemble peu aux Communautés européennes des années soixante.

Pour ces raisons nous considérons qu'il est très important de faire le bilan de cette évolution, surtout dans la conjoncture actuelle. Conjoncture qui est marquée non seulement par le symbolisme que représente le passage de cinquante années depuis le prononcé de l'arrêt *Van Gend en Loos*, mais également par la crise principalement économique qui tourmente actuellement l'Europe. En ces temps difficiles, où tout risque d'être remis en question, où les jeunes générations n'ont pas vécu les horreurs de la Seconde Guerre mondiale, où le nationalisme est en train de resurgir, il est très important de retourner aux principes sur lesquels a été fondée l'Europe. C'est ainsi que la Cour a décidé de mettre les principes énoncés dans l'arrêt *Van Gend en Loos* au centre d'un débat ouvert.

Et vous me permettez d'insister sur le mot «ouvert»; car même si cette conférence est organisée par la Cour, elle a été ouverte à tous les milieux intéressés par une procédure d'enregistrement en ligne. La participation à cette conférence n'a été limitée que par la capacité des salles disponibles, et nous nous réjouissons aujourd'hui d'accueillir à la Cour des professeurs de droit, des juges nationaux et européens, des avocats, des fonctionnaires nationaux et européens et des étudiants en droit.

En outre, vous constaterez, à la simple lecture du programme de cette manifestation, que la Cour de justice reste aujourd'hui largement à l'écoute. Dans le même esprit d'ouverture sur le monde juridique externe — qui s'est illustré récemment par l'ouvrage publié par la Cour à l'occasion de son 60^e anniversaire —, les débats de la conférence seront introduits par plusieurs interventions de personnalités externes à la Cour.

Par ailleurs, les travaux de cette conférence seront publiés dans un bref délai et comporteront non seulement les interventions principales, mais également, dans la mesure du possible, les interventions spontanées qui ont trouvé place dans le cadre de nos discussions.

Enfin, je dois également souligner que les travaux de cette conférence sont retransmis en direct sur le site internet de la Cour. Cette retransmission constitue une première pour la Cour de justice et démontre son attachement à la transparence.

Mesdames et Messieurs, vous pouvez imaginer que l'organisation d'une conférence de cette envergure n'est pas une tâche simple et facile. Je voudrais donc avant tout remercier le comité désigné par la Cour à cette fin, qui a été présidé par M. le juge Antonio Tizzano et était composé de M^{me} l'avocat général Juliane Kokott et M^{me} la juge Sacha Prechal. Durant plusieurs mois, ils n'ont pas ménagé leurs efforts afin que cette journée puisse se dérouler dans les meilleures conditions.

Je voudrais également remercier tous les intervenants d'avoir accepté notre invitation et pour le travail qu'ils ont déjà accompli en soumettant les textes de leurs interventions dans des délais particulièrement serrés.

Enfin, j'aimerais exprimer la reconnaissance de la Cour à tous les participants externes qui sont venus de toute l'Europe, emplis d'enthousiasme, et dont la présence ici aujourd'hui constitue le témoignage de la confiance dont jouit la Cour de justice auprès des citoyens européens.

Je vous remercie de votre attention et je donne maintenant la parole au président du comité d'organisation, M. le juge Antonio Tizzano.

Revisiting *Van Gend en Loos*: Subjectifying and Objectifying the Individual

Joseph H. H. Weiler

PRESIDENT, EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

I. THE PROMISE OF *VAN GEND EN LOOS*

11

I FEEL COMFORTABLE IN SAYING that in the annals of judicial decisions of international courts and tribunals none comes even close to *Van Gend en Loos* in its profound systemic and conceptual impact. *Van Gend en Loos* did not only shape the legal order; it constituted that order.

In the first part of these remarks I want to reexamine that systemic and conceptual genesis and impact. In the second part I want to articulate some of the challenges it posed and continues to pose. Every bright moon has its dark side too.

With the perspective of time we can begin by clarifying some commonplace misconceptions.

To say that *Van Gend en Loos* introduced the doctrine of Direct Effect to the Community (as it was known then) legal order does not even begin to capture the source of its profound impact. As has been pointed out by many – from the doctrinal ‘Direct Effect’ perspective, it may have been something of a stretch to speak of a ‘New Legal Order’. Neither Direct Effect nor Supremacy are, or were at the time, innovative doctrines under international law.

We should also, I would respectfully submit, abandon the thesis that *Van Gend en Loos* represented a new hermeneutic, a different way of interpreting treaties or international law in general. I do not like that thesis because it suggests that somehow the Court changed the rules about construing rules as it went along, rendering *Van Gend en Loos* a revolutionary interpretation. I contest that: the case which, indeed, had a revolutionary impact was brought about, rhetorical flashes aside, by an impeccable classical hermeneutic which was rooted in the treaty before the Court. *Van Gend en Loos* is not the work of an Activist Court – if the concept of Activist Court has any meaning, which I doubt. The fact that it was a different result to what international tribunals and courts were doing elsewhere is surely in large part due to some special features of the Treaty – which other treaty had a Preliminary Reference procedure, to give but one critical example, a feature which played a major role in the reasoning of the Court. This is not to deny the audacity of the Court and the internal actors within it which are responsible for the outcome. Had it wished, the Advocate General gave it an escape root and the intervening Member States pressed it too. But my point is that it managed to make the audacious root by very respectable and solid hermeneutics.

To be sure, the European Court of Justice is a central player in this legal drama but, here too, we miss something if we place all our attention on this one, so called hero. *Van Gend en Loos* is a case with more than a single protagonist – central both to its genesis and its subsequent impact. The very decision by the Dutch court to make a preliminary reference (and the lawyers who pleaded before it) was not only procedurally and politically bold but conceptually, from a legal perspective was, inevitably, predicated on the existence of Direct Effect, which the European Court of Justice then confirmed, articulated and made a Community wide norm. Put differently, by asking the question and making the reference as regards Article 12, the Dutch court was already opening the conceptual (and political) door to the Court.

The key, then, to the genesis and profound impact was the confluence of two sets of elements the interaction of which explains the gravitas of the case.

The first is the confluence of the doctrine of Direct Effect with the (unintended and at the time unappreciated) genius of the Preliminary Reference system. Take away the Preliminary Reference and Direct Effect in a transnational system loses much of its impact.

The second is the confluence of Direct Effect and Supremacy. In the case as argued before the Court, both the Advocate General and the Commission fully understood that nexus. The Advocate General linked his rejection of the Direct Effect in that case precisely to the absence of Supremacy in some of the national legal orders, such as Italy. It seemed to him, *à juste titre*, impossible to indicate Direct Effect if it would result in unequal application of the same norm in different Member States. The Commission agreed with that analysis, arguing however, that if that were the case, the Court would simply have to insist on Supremacy of European Community law as well as its Direct Effect, indeed, because of its Direct Effect. The Court, in commendable restraint, refrained from adjudicating that issue which was not before it, and awaited a subsequent case to establish the nexus.

Taking these two confluences together helps explain the huge pragmatic and political significance and impact of the case. In one swift move, the Community had in place not only a full fledged system of judicial review (that after all the Treaties provided *expressis verbis*) but it was a decentralised/centralised, Private Attorney General model – the most effective in ensuring compliance of Member States with the Community law application. Legally, Direct Effect construes mutual obligations among Member States as rights owed by States to individuals which national courts must protect. As a socio-legal phenomenon, Direct Effect harnesses the private economic, political and social interests of the individual in vindicating those rights to the public interest of ensuring the rule of law at the transnational level.

With each individual effectively becoming in that way a ‘legal vigilante’ of the public rule of law, an effective civil society monitoring system is put in place. A collateral benefit (not without problems) is the shift of enforcement of the rule of law to a mixed market model of private and public resources. The benefits do not end here.

Subsidiarity – though we do not often see this term applied to this phenomenon – is built into the system given the fundamental role which individuals come to play as a result of Direct Effect combined with the Preliminary Reference. The demand for legal rights and their enforcement is a bottom up phenomenon, emanating from and close to, the most immediate stake holders.

And, of course, there are the two most commented upon socio-political effects of Direct Effect in terms of the process of European integration:

First, the constitution of the individual as a European subject, alongside his or her national identity, decades before the institution of formal European Citizenship. And second, the symbiotic relationship between domestic courts and the European Court of Justice in the operationalisation of the Direct Effect/Supremacy confluence.

It is worth dwelling on this symbiotic relationship. *Van Gend en Loos* itself is both constitutive and reflective. In the 1950s the theologian Abraham Joshua Heschel published two path-breaking books: *Man is not Alone*; and *God in Search of Man*. They can stand as perfect metaphors for the relationship between the European Court and Member State courts.

It is possible to find in the constitutional order of many states a variety of 'self executing' doctrines which would enable domestic courts to give Direct Effect to international treaty provisions. And yet, until quite recently, domestic courts were extremely reluctant to take advantage of such provisions. There are two principal reasons for such judicial reticence to give Direct Effect even when possible by domestic constitutional arrangements: First, it is a hermeneutic reluctance – almost an insecurity and timidity of a domestic court in the face of international norms with the interpretation of which the domestic court is unfamiliar. Even if constitutionally they might be 'the law of the land', they feel to the domestic judge as 'foreign law'. Coupled with this hermeneutic reticence there is an understandable political reticence: Typically, Direct Effect gives a right to an individual which is enforced against his or her government. A national norm is made to bend before an international norm. What if, the domestic court reasons, it will interpret a treaty against its government and a court in another country will take the opposite interpretation of the same norms? Would not the domestic court be compromising the national interest in the international arena?

What makes Direct Effect so effective and seductive to national courts in the European system is the fact that the Preliminary Reference system eliminates both those impediments: the Member State Court does not have to grapple with hermeneutic uncertainty as to the correct interpretation of the treaty norm. It receives an authoritative interpretation from the European Court of Justice. And, what is more, that interpretation is *de facto* valid, *erga omnes*, i.e. binding equally on all. The Member States' Courts 'are not alone' when confronted with the higher norm of the international treaty.

The symbiotic relationship works also in the opposite direction. The European Court ‘needs’ the national courts not only to ‘activate’ and initiate the European norm. But also for the compliance pull issue. When, for example, the august World Court in the Hague issues a decision against this or that State, it is not uncommon for the condemned State to ‘study the decision’ and then quietly to disregard it. The World Court, indeed, the international legal order, has limited enforcement mechanisms. By contrast, in most Western democracies, when a domestic court issues a decision against the government, the latter may appeal that decision, but the option of non-compliance is absent or very limited. This is not, principally, because of an army which stands at the service of national courts, but because of a much deeper ‘habit of obedience’ which national law and domestic courts enjoy when compared to their international counterparts. What I am describing here is the notorious and seemingly paradoxical difference in the compliance pull of domestic and international tribunals and courts.

What is of huge significance in the European system, is that the confluence of Direct Effect and the Preliminary Reference system means that the European Court will articulate the content and contours of the applicable European norm, but it will be the national court which will actually mouth it in the specific case giving the directly effective European norm all the compliance pull which is attached to domestic courts. Even the living word of God is but a cry in the desert if Man does not actuate it, apply it, and abide by it.

It will, thus, also be noticed, that *Van Gend en Loos* standing as a proxy for Direct Effect, Supremacy and the Preliminary Reference system, did not only put the individual in the centre but also the European Court of Justice and the judicial branch more generally.

Van Gend en Loos was, thus, the cornerstone of this multifaceted legal order – the reality of which was not simply in determining legal rules for the relationship between Union law and Member State law, but has to be explained, as we have seen, in economic, social and, above all, political terms.

II. THE CHALLENGE OF *VAN GEND EN LOOS*

Conceptually, Direct Effect has one additional hugely important significance which I have not articulated until now: It is a proxy for Governance. The fact that the writ of Union law runs through the land, that European Law is the law of the land, also can be expressed that the Union is a system of

governance, whereby the Union legislative and administrative branches do not need the intermediary of the Member States, as is the default position in general public international law, to reach individuals both as objects and subjects of the law. And herein lies the challenge.

Direct Effect, inescapably and inextricably, implicates the Court in the very issues of democratic and social legitimacy which are at least partially at the root of current discontent. I want to argue further that the Court has responsibilities all of its own which do not even fit under the rubric of ‘implicated’.

But before I explain this thesis I want to state clearly what I am not arguing:

My critique is not part of ‘the Court has no legitimacy’, *gouvernement des juges* and all that. Nor is it an attack on the ‘activism’ of the Court or its hermeneutics i.e. it is not part of more contemporary trends, notable in the USA, which have (re)discovered Bickel’s silent virtues and normatively embrace restraint and a reduced role for courts and all *that*. I do not think Europe has a *gouvernement des juges* (whatever that means) nor do I find fundamental fault with the hermeneutics of its essential jurisprudence, critical as one may be of this or that decision or line of cases. Importantly, this critique does not have as its purpose to argue that the constitutional jurisprudence such as *Van Gend en Loos* was a normative mistake, a road which should not have been taken. As a matter of its underlying values I believe it was not simply expedient but, in post WWII Europe, no less than noble. The critique is, thus, not methodological but substantive.

My approach rests on two propositions. First, it highlights a certain irony in the constitutional jurisprudence. When the jurisprudence was adopted it was often perceived (and there are indications in the cases that it was so perceived by the Court itself) as being a response to, and part of, a broader political discourse of integration often a response to non-functioning dimensions of the political process. But there has been, both by the Court itself, but especially its observers, at times a myopic view which has failed to explore deeper some of the consequences and ramifications of the constitutional jurisprudence. There has been, for example, a refusal to see the way in which the essential legal order constitutional jurisprudence is part and parcel of the political democratic legitimacy crisis. Very often one has the impression that though the political (in the sense of institutions) is well grasped in relation to

the case law, the social (in the sense of human dimension and communities) has been far less understood.

How then is the Court implicated in the democratic deficit?

Van Gend en Loos itself is the fountainhead. In arguing for the concept of a new legal order, the Court reasoned in the two famous passages as follows:

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

This view is confirmed by the preamble to the Treaty which refers not only to governments but to peoples. It is also confirmed more specifically by the establishment of institutions endowed with sovereign rights, the exercise of which affects Member States and also their citizens. *Furthermore, it must be noted that the nationals of the states brought together in the Community are called upon to cooperate in the functioning of this Community through the intermediary of the European Parliament and the Economic and Social Committee.* (Emphasis added)

The problem is that this ‘cooperation’ was extremely weak. This is, in truth, a serious ‘dumbing down’ of democracy and its meaning by the European Court. At the time, the European Parliament had the right to give its Opinion – when asked, and it often was not asked. Even in areas where it was meant to be asked, it was well known that the Commission and Council would tie up their bargains ahead of such advice which thus became *pro-forma*. But can that level of democratic representation and accountability, seen through the lenses of normative political theory truly justify the immense power of direct governance which the combined doctrines of Direct Effect and Supremacy placed in the hands of the then Community institutions? Surely posing the question is to give the answer.

You might think that since those early days the European Parliament is a very different body, hugely increased in powers and a veritable Co-Legislator with the Council. And yet there is the persistent, chronic, troubling Democracy Deficit, which cannot be talked away. The manifestations of the so-called democracy deficit are persistent and no endless repetition of the powers of the European Parliament will remove them. In essence it is the inability of the Union to develop structures and processes which adequately replicate or, 'translate', at the Union level even the imperfect habits of governmental control, parliamentary accountability and administrative responsibility that are practiced with different modalities in the various Member States. Make no mistake: it is perfectly understood that the Union is not a State. But it is in the business of governance and has taken over extensive areas previously in the hands of the Member States. In some critical areas, such as the interface of the Union with the international trading system, the competences of the Union are exclusive. In others they are dominant. Democracy is not about States. Democracy is about the exercise of public power – and the Union exercises a huge amount of public power. We live by the credo that any exercise of public power has to be legitimated democratically and it is exactly here that process legitimacy fails.

In essence, the two primordial features of any functioning democracy are missing – the grand principles of accountability and representation.

As regards accountability, even the basic condition of representative democracy that at election time the citizens '...can throw the scoundrels out' – that is replace the Government – does not operate in Europe. The form of European governance, governance without Government, is, and will remain for considerable time, perhaps forever such that there is no 'Government' to throw out. Dismissing the Commission by Parliament (or approving the appointment of the Commission President) is not quite the same, not even remotely so.

Startlingly, but not surprisingly, political accountability of Europe is remarkably weak. There have been some spectacular political failures of European governance. The embarrassing Copenhagen climate fiasco; the weak (at best) realisation of the much touted Lisbon Agenda (aka Lisbon Strategy or Lisbon Process), the very story of the defunct 'Constitution' to mention but three. It is hard to point in these instances to any measure of political accountability, of someone paying a political price as would be the case in national politics. In fact it is difficult to point to a single instance of accountability for political failure as distinct from personal accountability for

misconduct in the annals of European integration. This is not, decidedly not, a story of corruption or malfeasance. My argument is that this failure is rooted in the very structure of European governance. It is not designed for political accountability. In similar vein, it is impossible to link in any meaningful way the results of elections to the European Parliament to the performance of the Political Groups within the preceding parliamentary session, in the way that is part of the mainstay of political accountability within the Member States. Structurally, dissatisfaction with 'Europe' when it exists has no channel to affect, at the European level, the agents of European governance.

Likewise, at the most primitive level of democracy, there is simply no moment in the civic calendar of Europe where the citizen can influence directly the outcome of any policy choice facing the Community and Union in the way that citizens can when choosing between parties which offer sharply distinct programs at the national level. The political colour of the European Parliament only very weakly gets translated into the legislative and administrative output of the Union.

The Political Deficit, to use the felicitous phrase of Renaud Dehousse is at the core of the Democracy Deficit. The Commission, by its self-understanding linked to its very ontology, cannot be 'partisan' in a right-left sense, neither can the Council, by virtue of the haphazard political nature of its composition. Democracy normally must have some meaningful mechanism for expression of voter preference predicated on choice among options, typically informed by stronger or weaker ideological orientation. That is an indispensable component of politics. Democracy without Politics is an oxymoron. And yet that is not only Europe, but it is a feature of Europe – the 'non-partisan' nature of the Commission – which is celebrated. The stock phrase found in endless student textbooks and the like, that the Supranational Commission vindicates the European Interest, whereas the intergovernmental Council is a clearing house for Member State interest, is, at best, naïve. Does the 'European Interest' not necessarily involve political and ideological choices? At times explicit, but always implicit?

Thus the two most primordial norms of democracy, the principle of accountability and the principle of representation are compromised in the very structure and process of the Union.

The implication of the Court of Justice in the democratic travails of the Union is easily stated even if usually uncomfortably discussed. The late

Federico Mancini in his *Europe: The Case for Statehood* forcefully articulated the democratic malaise of Europe. There were many, myself included, who shied away from Mancini's remedy, a European State, and shied away from his contention that this remedy was the only one which was available. But few quibbled with his trenchant and often caustic denunciation of the democratic deficiencies of European governance.

But could the Court distance itself from this malaise so trenchantly and caustically denounced by one of its judges?

It is precisely on these occasions, I argued, that I rejoice most that I am not a judge on the Court. What would I do if I felt, as Mancini did, that the European Community suffered from this deep democratic deficit which he described so unflinchingly and which according to him could only be cured by a European State? Would I want to give effect to a principle which rendered the Community's undemocratic laws – adopted in his words by 'numberless, faceless and unaccountable committees of senior national experts' and rubber-stamped by the Council – supreme over the very constitutional values of the Member States? If democracy is what one cared about most, could one unambiguously consider much of the Community edifice a major advance? Whatever the hermeneutic legitimacy of reaching Supremacy and Direct Effect, the interaction of these principles with the non-democratic decision-making process was and is, highly problematic. In effect, if not in design, giving Direct Effect in the context of European governance, objectifies the individual or re-objectifies him or her. In the Member States with imperfect but functional democracies the individual is 'the' political subject. In the European Union with its defective democratic machinery where the individual has far less control over norm creation, Direct Effect has the paradoxical effect of objectifying him or her – an object of laws over which one has no effective democratic control.

The paradox is thus that the legitimacy challenge to the Court's constitutional jurisprudence does not rest as often has been assumed in its hermeneutics – a good outcome based on a questionable interpretation. But quite the opposite: An unassailable interpretation but an outcome which underpins, supports and legitimates a highly problematic decisional process. Substantively, then, the much vaunted Community rights which serve, almost invariably the economic interests of individuals were 'bought' at least in some measure at the expense of democratic legitimation.

Procedurally we find a similar story. The secret of the Rule of Law in the legal order of the European Union rests, as stated, in the genius of the Preliminary Reference procedure. The Compliance Pull of law in liberal Western Democracies does not rest on the gun and coercion. It rests on a political culture which internalises, especially public authorities, obedience to the law rather than to expediency. Not a perfect, but one good measure of the rule of law is the extent to which public authorities in a country obey the decisions, even if uncomfortable, of their own courts.

It is by this very measure that international regimes are, as I stated, so often found wanting: Why we cannot quite in the same way speak about the Rule of International Law. All too frequently, when a State is faced with a dis-comfitting international norm or decision of an international tribunal, it finds ways to evade them.

Statistically, as we know, the Preliminary Reference in more than 80 % of the cases, is a device for judicial review of Member State compliance with their obligations under the Treaties. However, it is precisely in this context that we can see the dark side of this moon. The situation implicated in the Preliminary Reference always posits an individual vindicating a personal, private interest against the national public good. That is why it works, that is part of its genius, but that is also why this wonderful value also constitutes another building block in that construct which places the individual in the centre but turns him into a self-centred individual.

As I stated – the reasoning of the Court was impeccable. As argued in the first part of the paper, the impact was profound and even noble. But we would be eschewing our critical duties if we did not see that *Van Gend en Loos* and its progeny also accentuate the enduring legitimacy crisis of the Union.



The Judgment – Framing the Argument

Marise Cremona

PROFESSOR, EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

THE SIGNIFICANCE OF THE *VAN Gend en Loos* case certainly merits the close reconsideration of its impact and implications in this volume and the conference, on which it is based, organised to mark the 50th anniversary of the judgment. The judgment itself provides the focus of the initial contributions: the shaping of the judgment in the contribution by Professor Paolo Gori who was at the time a *referendaire* at the Court and so has uniquely first-hand recollections; and its immediate impact in the contribution by Professor Jacques Ziller.

The case is in fact so significant that is perhaps over-familiar, and it has been a worthwhile and interesting exercise to re-read both the judgment and the opinion of Advocate General Roemer. As the late Pierre Pescatore commented, referring to *Van Gend en Loos* on the occasion of another 50th anniversary, our habit of reading and citing judicial rulings ‘in excerpts, as if they were legislative texts’ is a mistake ⁽¹⁾. Here I should like to reflect very briefly on the way the case was framed, by the Court itself, but also in the reasoning of the Advocate General and in the arguments of the Commission and others submitting observations.

(1) P. Pescatore, ‘Van Gend en Loos, 5 February 1963 – A View from Within’ in M. Poiares Maduro and L. Azoulai (eds) *The Past and Future of EU Law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010.

The case is normally presented in terms of the relationship between Community law and national law, or rather the legal effect of Community law in creating individual rights enforceable in the national legal order. Relying on the formulation of the question by the Amsterdam Tariefcommissie, which correctly and wisely focussed on Article 12 EEC, the case was indeed framed in this way by the Court itself: 'the Court ... is asked ... only to interpret the scope of Article 12 of the said Treaty within the context of Community law and with reference to its effect on individuals.' This formulation, with apparent simplicity and straightforwardness, manages to keep the judgment within the confines of the Court's jurisdiction under Article 177 EEC [now Article 267 TFEU]. In a move which could be said to foreshadow its much later judgment in *Kadi* ⁽²⁾, the Court puts the focus on 'the context of Community law', while handing down a judgment which has important implications for both the other international law obligations of its Member States and for national constitutional law.

The Dutch tariff under discussion was in fact determined by the Benelux customs union and the case therefore raised the question of a possible conflict within the legal order of the Netherlands between Article 12 EEC and another binding international obligation, the 1958 Brussels Protocol, ratified by the Netherlands by a law of 16 December 1959 and which established a revised customs tariff for the Benelux customs union applicable from 1 March 1960. The Netherlands and Belgian governments and the Nederlandse administratie der belastingen (Netherlands Inland Revenue Administration), in their submissions as summarised in the report, agreed that the main complaint of Van Gend en Loos against the Benelux governments was 'that by the Brussels Protocol of 25 July 1958 they infringed Article 12 of the EEC Treaty'. Under Article 66 of the Dutch constitution international commitments had force of law and insofar as they are self-executing would take precedence over national law. In its submissions, Belgium argued that this question of a possible conflict between two international obligations was both the central issue before the Tariefcommissie and a constitutional issue which could only be resolved by a national court. In its view, therefore, the interpretation of Article 12 EEC given by the Court of Justice would not affect the outcome of the case in the Dutch court, which would depend on the national court's answer to the question, 'Has it the right to ignore the law of 16 December 1959 ratifying the

(2) Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I-6351.

Brussels Protocol, because it conflicts with an earlier law of 5 December 1957 ratifying the Treaty establishing the EEC?’

Although Advocate General Roemer refers from time to time in his opinion to the possible conflict between the Brussels Protocol and the EEC Treaty, the Court of Justice effectively ignores this issue, basing itself simply on the question in the form posed by the Tariefcommissie on the interpretation of Article 12 EEC, including the possibility of its direct application by national courts. In this way, while not directly pronouncing on Dutch constitutional law or on the respective status of the two treaties, it gave the national court a clear answer – from a Community law perspective – of what the outcome should be. This solution is in line with Article 233 EEC [now Article 350 TFEU], cited by the Advocate General but not by the Court, which allows for the continuance of the Benelux customs union. AG Roemer argued that Article 233 EEC permits the Benelux States ‘to accelerate and intensify their regional integration independently of the Treaty’ but ‘cannot be used to justify a breach of the primary and basic provisions of the Community Treaty which are imposed in the same way on all Member States’⁽³⁾.

The Court had already, the year before and again in the context of Article 12 EEC, decided that as between the Member States the EEC Treaty should prevail over an *earlier* international obligation. In Case 10/61 *Commission of the EEC v Italy*⁽⁴⁾, the Court held that ‘in matters governed by the EEC Treaty, that Treaty takes precedence over agreements concluded between Member States before its entry into force, including agreements made within the framework of GATT’. Now with a simple phrase – ‘It is of little importance how the increase in customs duties occurred’ – the court makes it clear that between the Member States the Treaty should prevail also over a *later* international obligation. Neither earlier nor later mutual international agreements would be allowed to reverse the tariff liberalisation provided for under the EEC Treaty. We have here then the first step in the development of the Court’s thinking on the relationship between Community law and international agreements

⁽³⁾ At the time of the case the Community’s customs union was not yet in place. Once the customs union became part of the Community’s exclusive competence (see Case 41/76 *Donckerwolcke* [1976] ECR 1921; and now Article 3(1)(a) TFEU) the Member States would not be entitled to enter into international agreements – between themselves or with third countries – concerning the customs union.

⁽⁴⁾ Judgment of 27 February 1962, [1962] ECR English Special Edition p. 1.

between the Member States ⁽⁵⁾. In the absence of exclusive Community competence over the field in question or pre-emptive Community legislation, such agreements may be maintained or concluded, and are subject to the requirement of compatibility with Community (and now Union) law ⁽⁶⁾. Indeed in some cases they were expressly foreseen ⁽⁷⁾.

The Court, helped by the fact that the Dutch constitution grants priority to self-executing international obligations, also side-steps national constitutional law in dealing with the interpretation and legal effect of Article 12 EEC, while handing down a judgment that was of course to have profound constitutional implications for the Member States. The question of direct application of a treaty provision in a national legal system can be said to contain two elements: (i) whether the provision itself is capable of direct applicability, given its wording and its context and the intention of the parties (requiring an interpretation of the treaty itself); and (ii) the legal effect and status granted to provisions of international treaties by national constitutional law. As has been rightly said ⁽⁸⁾, the significance of the judgment lay not so much in the finding that Article 12 was directly applicable, since self-executing treaty norms were a recognised category; rather it lay in the claim of the Court to determine itself the legal effect of the EEC Treaty within national legal systems.

The Commission, the Advocate General and the Court all agreed that the first of these questions was for the Court of Justice to decide, as a question of Treaty interpretation under Article 177 EEC, although disagreeing as to the answer they thought the Court should give. The Advocate General then directly addressed the second of these issues, arguing that the Court of Justice should be careful to avoid entering into questions of national constitutional law which are outside its jurisdiction under Article 177 EEC. The Court agreed that it is for the national courts 'to adjudicate upon the application of the Treaty according to the principles of the national law'. However – and this

⁽⁵⁾ B. de Witte, 'Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union' in G. de Búrca and J. Scott (eds), *Constitutional Change in the EU – From Uniformity to Flexibility?*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

⁽⁶⁾ For example Case 235/87 *Matteucci* [1988] ECR 5589; Case C-3/91 *Exportur v LOR and Confiserie du Tech* [1992] ECR I-5529; Case C-55/00 *Gottardo* [2002] ECR I-413; and most recently Case C-370/12 *Pringle*, judgment of 27 November 2012.

⁽⁷⁾ Under what was Article 220 EEC, for example; c.f. also Article 273 TFEU.

⁽⁸⁾ B. de Witte, 'The Constitutional Significance of *Van Gen en Loos*' in M. Poiars Maduro and L. Azoulai (eds) *The Past and Future of EU Law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010.

is the critical step – its interpretation of Article 12 includes not only its capacity to create direct effects and individual rights but also that this entails *as a matter of Community law* that national courts must protect those rights. The Court thus does not decide ‘according to the principles of national law’, which would trespass on the role of national courts; rather, in deciding that a provision of Community law creates directly effective individual rights it holds that Community law imposes (directly) an obligation on national courts to protect those rights⁽⁹⁾. In this case the constitution of the Netherlands allowed in any event for the direct applicability of self-executing provisions of international law, so this element of the decision (taking the choice out of the hands of the national court) was perhaps less immediately obvious in its implications; but the Court conspicuously does not rely on this constitutional provision, and in its language lays the foundation for the principle of primacy that it developed later in *Costa v ENEL*⁽¹⁰⁾.

The framing of the legal issues in a case is of course one of the key functions, and tools, of a court. The Court of Justice in *Van Gend en Loos* adopted an approach with which we have since become familiar. It resists any temptation to frame the question in terms of competing international norms or the response of national constitutional law and defines its task, in relation to that of the national court, carefully. However having chosen its ground and defined its territory, it is not afraid to move within that frame from the technical nature and wording of Article 12 itself to the spirit and the general scheme of the Treaty as a whole and to make bold statements as to the nature of the Community system which the Treaty embodied. It leaves the national court in no doubt of its duty to protect rights derived from Community law. In thus framing this supposedly simple question of interpretation the Court laid the foundation not only for its own doctrines of individual rights and direct effect but also opened the way for the creative use in the future of the preliminary ruling procedure to develop Community law through the ‘vigilance of individuals’.

⁽⁹⁾ Although the phrasing of the judgment allows for the possibility – later developed by the Court – of separating direct effect from the creation of individual rights, the creation of individual rights is itself necessarily connected to the duty of national courts to protect those rights.

⁽¹⁰⁾ Case 6-64 *Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 585.



Souvenirs d'un survivant

Paolo Gori

ANCIEN RÉFÉRENDAIRE À LA COUR DE JUSTICE
ANCIEN PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PADOUE
ANCIEN PRÉSIDENT DE LA GRANDE CHAMBRE DE RECOURS DE L'ORGANISATION EUROPÉENNE DES BREVETS

TOUT D'ABORD, J'AIMERAIS REMERCIER LE président de la Cour ainsi que les organisateurs de cette rencontre pour m'avoir invité à participer à la célébration du cinquantenaire de l'arrêt *Van Gend en Loos* de 1963. Je dois vraisemblablement cet honneur au fait que je suis, à ma connaissance, le dernier survivant ayant participé au sein de la Cour aux travaux qui ont conduit à cet arrêt. Si, toutefois, quelqu'un s'attendait de ma part à des révélations sensationnelles quant à son arrière-plan, il risque d'être déçu. On a déjà beaucoup écrit à ce sujet, et on a fait, entre autres, des hypothèses sur le rôle joué par les différents membres de la Cour, et j'ai moi-même contribué involontairement à satisfaire, du moins en partie, cette curiosité. En effet, il y a quelques années, sur le conseil de M. Pierre Pescatore, j'ai remis au président de la Cour, pour les archives historiques de cette juridiction, l'exemplaire original, que j'avais jusqu'alors gardé tout à fait confidentiel, de la note préparatoire pour le délibéré que le juge Trabucchi avait transmise à ses collègues pour s'opposer au projet minimaliste du juge rapporteur. De ce texte, où figurent des corrections et notes autographes tant de M. Trabucchi que de moi-même, j'avais transmis une copie, avec l'autorisation du Président de la Cour, uniquement à M. Pescatore et à un fils de M. Trabucchi. Par la suite, ce document a reçu une large diffusion.

Il y a quelque temps on m'a posé la question de savoir si, à l'époque de l'adoption de la décision *Van Gend en Loos*, on s'était rendu compte, à la Cour,

de sa portée. Le fait que, parmi les milliers de documents des délibérés de la Cour que j'ai eus en main dans ma fonction de référendaire, j'ai gardé précisément la note en délibéré que j'ai évoquée, témoigne de ce que nous avions conscience de l'importance de la décision que cette note proposait. Bien entendu, on n'avait pas envisagé tout de suite la myriade d'effets indirects qui en auraient découlé. Mais on voyait bien quelles étaient ses implications principales, et, en tout premier lieu, le principe de la priorité du droit communautaire sur le droit des États membres.

Comment se fait-il que, parmi les différentes options qu'on aurait pu raisonnablement justifier en droit, la Cour ait choisi celle qui apparaissait à l'époque la plus innovatrice? En effet, elle battait en brèche la doctrine du caractère absolu de la souveraineté étatique en allant contre des conceptions traditionnelles très largement partagées sur les relations entre le droit issu de traités internationaux et le droit national. Ainsi, elle introduisait des limitations substantielles à la souveraineté des États membres par l'élimination dans une large mesure, dans le champ d'application du droit communautaire, du diaphragme étatique entre la Communauté européenne et ses ressortissants. À cet effet, la Cour élargissait considérablement la sphère des droits de ces derniers vis-à-vis des États membres et établissait les prémisses pour l'affirmation de la primauté du droit commun et, dès lors, la possibilité concrète d'obtenir une protection efficace même vis-à-vis du législateur national. Une telle solution était rejetée non seulement par le juge rapporteur et l'avocat général de la Cour, mais également par la totalité des gouvernements nationaux ainsi que par la doctrine dominante de droit constitutionnel et international de plusieurs États membres. Comment un organisme encore très jeune a-t-il pu défier autant les autorités politiques nationales et l'opinion publique la plus qualifiée? Ma réponse, inévitablement partielle, ne sera fondée que sur mes souvenirs personnels de ce qui s'est passé à la Cour de justice à l'occasion de cette prise de cette décision.

À l'époque de la décision *Van Gend*, les personnalités les plus marquantes parmi les sept juges qui composaient la Cour étaient, à mon sens, par ordre d'ancienneté de service, Otto Riese, ancien professeur de droit privé comparé et juge à la Cour de cassation fédérale allemande, Mathias Donner, professeur de droit administratif aux Pays-Bas, Alberto Trabucchi, professeur de droit civil à l'université de Padoue, et Robert Lecourt, avocat et ancien ministre dans le gouvernement français. Il est désormais connu que ceux qui ont proposé et soutenu, contre la majorité initiale, la ligne de raisonnement qui a été finalement adoptée par la majorité des juges, quatre sur sept, étaient les deux

juges arrivés à la Cour en dernier lieu, au cours de l'année 1962, donc peu de temps avant l'arrêt *Van Gend en Loos*, à savoir MM. Trabucchi et Lecourt.

La réponse à la question que j'ai soulevée doit être cherchée tout d'abord dans la personnalité de ces deux protagonistes et dans leurs idées sur la nature et le rôle du système communautaire. M. Lecourt, convaincu que le destin de la Communauté était dans la création d'un véritable État fédéral, avait quitté ses fonctions de ministre de la justice dans le gouvernement français en désapprouvant la ligne très réticente de ce gouvernement vis-à-vis de l'intégration européenne. Il n'y a pas lieu de s'étonner que, dans ses nouvelles fonctions au sein de la Communauté, il ait voulu contribuer à en renforcer le processus d'intégration juridique, conformément à son idée de l'Europe.

Le cas de M. Trabucchi était différent. Étant donné sa fonction de professeur de droit civil, on aurait pu s'attendre de sa part à une attitude peu ouverte vis-à-vis de ce nouvel ordre juridique qui se situait essentiellement dans le cadre du droit public et dont on continuait, surtout en Italie, à contester l'existence en tant que réalité autonome par rapport aux ordres juridiques nationaux. C'est la raison pour laquelle plusieurs membres de la Cour avaient exprimé leurs réserves à l'égard de la nomination de ce juge. Preuve en est le véritable sermon que le Président Donner adressa à M. Trabucchi lors de son entrée en fonction à la Cour. S'adressant directement au nouveau juge, il affirma: «Tous vos collègues ont fait l'expérience que le travail imposé par cette fonction n'est pas celui auquel nous nous attendions et qu'il exige une adaptation profonde et une révision des idées et des notions conventionnelles.» M. Donner poursuivit en soulignant la nécessité de renoncer à des conceptions traditionnelles et, après avoir rappelé que M. Trabucchi était un spécialiste du droit civil, et que ce droit était bien moins orienté vers l'évolution qui caractérise le système communautaire, il lança son avertissement dans ces termes: «Le plus grand danger d'erreur naîtrait si nous devions essayer de ramener ces problèmes à des questions déjà connues ailleurs et si nous voulions les résoudre en suivant des règles qui ont été découvertes et adoptées dans un autre domaine ou dans un autre climat. On méconnaîtrait alors leur caractère propre et leur gravité.»

Je suppose que tous partagent aujourd'hui l'idée qu'une approche purement formelle ne peut pas suffire à donner une réponse satisfaisante, sur le plan historique, à la question que j'ai évoquée. Les observations citées du Président Donner, tout en se rapportant à la nature du système communautaire, me rappellent l'enseignement que, sous un autre aspect, je reçus sur les bancs de l'université de Florence par mon professeur Piero Calamandrei, un

véritable humaniste qui, tout en enseignant un droit essentiellement formaliste comme le droit de la procédure civile, aimait aller au-delà des aspects formels des phénomènes juridiques pour rechercher la réalité humaine sous-jacente. En parlant de la décision judiciaire, il nous disait qu'elle est le résultat d'un procédé complexe, dans lequel jouent un rôle non seulement les notions juridiques, qui sont naturellement toujours et en toute première ligne bien présentes à l'esprit du juge, mais également les principes moraux et les idéaux de ce dernier, tels que, par exemple, ses conceptions de la justice, de l'équité, de la solidarité sociale, et cetera, car ils concernent des valeurs fondamentales qui influencent inévitablement son interprétation de la loi. Une telle position était, à l'époque, il y a soixante ans, bien différente de la conception positiviste encore dominante parmi les juristes italiens, selon laquelle, dans chaque cas, en adoptant la méthode d'interprétation correcte de la loi, la décision judiciaire en découlerait presque automatiquement. Cette tentative de dépersonnaliser les décisions judiciaires en vue d'en assurer le maximum d'objectivité visait sans doute un objectif louable, mais malheureusement utopique.

Je trouvai une confirmation indirecte du bien-fondé de la conception pragmatique du professeur Calamandrei dans l'étude d'un philosophe, le professeur Guido Calogero, sur la logique du juge. En examinant l'articulation du syllogisme qui est à la base de la décision judiciaire, cet auteur a démontré que le choix des prémisses de ce syllogisme ne peut pas être neutre, mais qu'il est effectué nécessairement en fonction de la conclusion à laquelle on veut aboutir. Pour ceux qui aimeraient connaître cette démonstration, je renvoie à l'étude de cet auteur, «La logica del giudice e il giudizio in Cassazione», publiée il y a une soixantaine d'années à Padoue.

La position de Piero Calamandrei ne signifie nullement que les décisions judiciaires seraient de ce fait entachées de partialité, mais simplement que le processus de la prise de décision comporte naturellement une interprétation du droit, et que dans ce processus jouent non seulement des éléments de pure logique formelle, mais également, et inévitablement, des «valeurs» qu'on a pu qualifier d'éléments métajuridiques, mais qui, au demeurant, appartiennent à cette même réalité humaine que le droit vise à régler.

Après ces considérations liminaires, revenons en 1963, époque à laquelle les États membres, contrairement aux espérances de ceux qui avaient promu le processus de l'intégration européenne, ne semblaient pas être d'accord pour promouvoir des progrès rapides sur la voie de l'intégration. C'est donc au niveau de l'interprétation du traité qu'il fallait mettre à profit toutes les

possibilités légitimes pour favoriser le développement du système constitutionnel communautaire. Les cours constitutionnelles (et la Cour de justice agissait ici en cette qualité) s'inspirent souvent du principe «magis ut valeat» pour interpréter la Constitution au mieux de sa capacité expansive. Aux yeux d'un Européen convaincu tel que le juge Lecourt, cette approche s'imposait. Quant au juge Trabucchi, qui, dans sa carrière de civiliste, s'était intéressé davantage aux aspects concernant les droits individuels, on peut comprendre qu'il optât pour une interprétation du système constitutionnel communautaire de nature à favoriser l'élargissement du domaine des droits individuels et des possibilités de leur sauvegarde. Les voies de recours directs des particuliers devant la Cour de justice étant limitées, ce n'était qu'en ouvrant largement aux particuliers la voie d'un accès indirect par le biais des questions préjudicielles qu'on pouvait atteindre ce but, qui allait de pair avec l'exigence d'assurer en fait l'égalité de traitement des citoyens vis-à-vis de l'application du droit commun, en se prévalant de la précieuse coopération des juges nationaux pour assurer le respect de ce droit dans les ordres juridiques internes. Or, ce résultat ne pouvait être atteint que si l'on reconnaissait largement l'effet direct de ce droit, même dans les cas où ses normes ne s'adressaient qu'aux États.

Si la note en délibéré du juge Trabucchi, que j'ai mentionnée au début de mon exposé, a dévoilé le rôle de tout premier plan que ce juge a joué dans cette affaire, je me souviens très bien que le juge Lecourt a contribué de manière tout autant décisive à son issue, et cela, grâce à son éloquence lors de la discussion orale de la note du juge Trabucchi au sein du plenum de la Cour ainsi qu'au stade de la formulation des motifs de la décision. Je pense même que, s'il n'avait pas pu compter sur le soutien du juge Lecourt, M. Trabucchi aurait hésité à prendre officiellement une position aussi critique dans sa substance vis-à-vis de la position fortement majoritaire qui s'était déjà dégagée au sein de la Cour.

Voilà ce que je peux dire, pour autant que je me souviens, quant à la genèse de la décision *Van Gend en Loos*. Direz-vous alors que ce fut une décision politique? C'est justement pour prévenir cette objection que j'ai exposé en prémisses ce que je pense quant au procédé logique de la décision judiciaire, considéré non pas d'un point de vue abstrait, mais sur le plan de la réalité et des nécessités de la pratique. Fait-il de la politique le juge constitutionnel qui tient compte des conséquences économiques et sociales de ses décisions? Si la considération des effets de ses décisions peut et, à mon sens, doit être prise en compte par le juge dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire pour éviter de produire des dégâts majeurs dans la société, il faut également admettre

que, pour opérer les choix que la lettre et l'esprit de la loi lui permettent, un bon juge, et surtout une cour constitutionnelle, doit pouvoir tenir compte des bénéfices que sa décision pourrait apporter à la société.

Si l'on ne saurait accuser la Cour de partialité, d'autant plus qu'il s'agissait d'une procédure incidente et non contentieuse, on pourrait en revanche voir dans cette décision un manque de neutralité, et on aurait raison. La Cour a effectué son choix dans le sens de la promotion de l'intégration juridique de l'Europe et de la mise en valeur des droits individuels plutôt qu'en faveur de la souveraineté des États membres. Elle n'y était pas obligée par la lettre du traité, mais elle n'en était pas non plus empêchée. C'est là où ont justement joué les valeurs dont ses juges se sont légitimement inspirés ⁽¹⁾.

Pour terminer, je voudrais faire une remarque sur des critiques qui ont été exprimées en doctrine sur deux points de la version italienne de l'arrêt *Van Gend en Loos*, lesquels ont, à mon avis, une portée dépassant largement le plan linguistique et touchant des aspects substantiels. Il s'agit tout d'abord de l'expression «*diritti soggettivi*» par laquelle on a traduit les mots «droits individuels» de la version française qui, comme vous le savez, tout en n'étant pas la version faisant foi, est celle qui en fait a été délibérée par la Cour. C'est à tort que ces auteurs attribuent au service linguistique de la Cour ce qu'ils considèrent comme une erreur de traduction. L'expression critiquée est le fruit d'une réflexion qui a été faite au sein du cabinet du juge Trabucchi et qui trouve son explication dans une caractéristique du système italien de la protection juridique des particuliers: la distinction entre «droits subjectifs» et «intérêts légitimes». Ces derniers entrent en jeu dans les relations entre les particuliers et l'autorité publique et reçoivent une protection atténuée par rapport aux premiers. C'est justement pour éviter que les citoyens italiens fassent l'objet, dans la sphère d'application du droit communautaire, d'une protection juridictionnelle inférieure par rapport aux citoyens des autres États membres qu'on a renoncé à une traduction littérale du texte original qui, dans le cadre du système juridique italien, en aurait trahi le sens.

Quant à l'expression «*valore precettivo*», également critiquée, j'observe que, aux yeux d'un juriste italien, considérée conjointement avec l'affirmation

(1) Il est intéressant de rappeler, comme l'a fait remarquer le professeur Paolo Mengozzi, que tant le juge Lecourt que le juge Trabucchi se situaient, quant à leurs idées éthiques et politiques, dans le courant démocrate-chrétien, exactement comme les principaux initiateurs de l'intégration européenne: Konrad Adenauer, Alcide De Gasperi et Robert Schuman. S'agirait-il d'une simple coïncidence?

des «droits subjectifs», elle n'amoindrit nullement la portée de l'expression «effets immédiats». En effet, cette expression appartient à la terminologie italienne du droit constitutionnel et sert à désigner les parties de la Constitution de la République qui sont immédiatement efficaces et contraignantes dans l'ordre juridique national. Dans la version italienne de l'arrêt, on a choisi cette terminologie, qui, encore une fois, n'est pas imputable au service linguistique, pour bien marquer le caractère constitutionnel du traité CEE.



Les réactions des milieux institutionnels, nationaux et scientifiques de l'époque

Jacques Ziller

ORDINARIO DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, UNIVERSITÀ DE PAVIE
ANCIEN PROFESSEUR DE DROIT PUBLIC À L'UNIVERSITÉ DE PARIS 1 — PANTHÉON-SORBONNE
ANCIEN PROFESSEUR À L'INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPÉEN DE FLORENCE

1. LES TERMES DE L'ENQUÊTE

37

LA TÂCHE QUI M'A ÉTÉ confiée par les organisateurs de ce colloque à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de l'arrêt *Van Gend en Loos* était de présenter une analyse des «réactions des milieux institutionnels, nationaux et scientifiques de l'époque», et non une analyse de l'arrêt lui-même, — tâche à laquelle je me suis essayé dans d'autres publications ⁽¹⁾.

J'interprète les termes «de l'époque» comme désignant la période qui commence le 5 février 1963 et s'étend sur les quelques années qui suivent. Il s'agit d'une période difficile pour le projet d'intégration européenne, cinq ans après l'entrée en vigueur des traités de Rome le 1^{er} janvier 1958. Le général de Gaulle, bien qu'ayant renoncé à dénoncer ou à tenter de renégocier des traités qu'il avait âprement critiqués lors de sa «traversée du désert» dans l'opposition, avait rompu avec la tradition de Robert Schuman. Le plan Fouchet de 1961-1962, présenté par Charles de Gaulle comme les premiers pas d'une «Europe

⁽¹⁾ Ziller, J., «Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit: "Relire Van Gend en Loos — Van Gend en Loos wiederlesen"», dans Schwarze, J. (dir.), *Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 37-46; — «Relire Van Gend en Loos», dans *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3/2012, p. 513-521; — idem dans *La Constitution, l'Europe et le droit Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Maslet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 1073-1081.

des Nations», avait été rejeté par les autres gouvernements, y compris celui de l'Allemagne fédérale, dirigé par Konrad Adenauer; la mise en œuvre de la politique agricole commune, prévue par le traité instituant la Communauté européenne (traité CEE) était en panne. Les ambitions du traité Euratom avaient été reléguées à la portion congrue. La période des quelques années qui suivent, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'union douanière le 1^{er} juillet 1968 anticipée de six mois par rapport aux délais prévus dans le traité CEE, est une période marquée en particulier par: la négociation, sur la base d'une proposition des Pays-Bas, présentée deux ans auparavant, de ce qui deviendra le traité de fusion du 8 avril 1965; la «politique de la chaise vide» française lors du second semestre 1965; et le dénommé «compromis de Luxembourg» du 29 janvier 1966.

Paolo Gori a déjà indiqué l'importance qu'a eue la nomination des juges Alberto Trabucchi et Robert Lecourt dans les choix opérés par la Cour dans l'arrêt *Van Gend en Loos*. Il vaut la peine de souligner le paradoxe qui réside dans le fait que c'est précisément Charles de Gaulle — tellement opposé au caractère supranational du projet entrepris douze ans auparavant par Jean Monnet et Robert Schuman — qui a envoyé Robert Lecourt à Luxembourg. Ce dernier avait été plusieurs fois ministre sous la IV^e République, et avait fait partie du gouvernement de large coalition dirigé par Michel Debré depuis janvier 1959, après l'élection du général de Gaulle à la présidence de la République. Or, Lecourt et les autres ministres du parti chrétien démocrate MRP avaient démissionné du gouvernement Debré le 24 août 1961, reprochant au Premier ministre de ne pas être «l'homme du dialogue» qu'il fallait pour mettre fin à la guerre d'Algérie. Le 8 avril 1962, le MRP s'était néanmoins prononcé en faveur du oui au référendum proposé par de Gaulle sur la ratification des accords d'Évian, qui ont mis fin à cette guerre, et, le 14 avril, le MRP avait obtenu cinq postes de ministre dans le gouvernement Pompidou, à peine constitué, et Robert Lecourt avait été désigné comme nouveau juge à la Cour de justice des Communautés européennes, pour succéder à Jacques Rueff. À peine un mois après, le 15 mai 1962, le général de Gaulle se prononçait en faveur d'une «Europe des patries» et s'opposait à la continuation des négociations portant sur l'adhésion du Royaume-Uni à la CEE, ce qui entraîna à nouveau la démission des ministres MRP. Mais Robert Lecourt était déjà nommé à la Cour de justice, où il prit ses fonctions le 18 mai.

Pour ce qui est des termes «réactions des milieux institutionnels», je les interprète comme se référant aux membres et fonctionnaires des institutions des trois communautés — CECA, CEE et Euratom. J'interprète le mot «nationaux» comme se référant aux gouvernements, parlements et juridictions des

six États membres. Quant aux «scientifiques» il me paraît qu'il s'agit en premier lieu des universitaires juristes: il s'agit d'une époque où encore peu de politologues s'intéressaient à l'intégration européenne, si l'on excepte Ernst Haas ⁽²⁾ et Stanley Hoffmann ⁽³⁾.

Pour une présentation détaillée de ces réactions, on ne peut que renvoyer à l'article d'un politologue, Antoine Vauchez, consacré aux «*Transnational politics of judicialization*», où l'affaire *Van Gend en Loos* joue un rôle central ⁽⁴⁾. Il ne s'agit pas ici de discuter l'analyse de cet auteur, relative à l'action des juristes qui ont préparé le terrain à l'arrêt de la Cour et qui ont ensuite contribué à ériger ce dernier en pierre angulaire du droit communautaire, mais d'indiquer qu'il a effectué une recherche très approfondie et très utile dans diverses bibliothèques — surtout en France et en Italie — ainsi que dans les archives historiques des Communautés — déposées à l'Institut universitaire européen à Florence. Cette recherche a servi de fondement à l'analyse ici esquissée; je n'ai malheureusement pas eu la possibilité de compléter le travail de Vauchez par une recherche personnelle dans les principales bibliothèques allemandes, belges, et néerlandaises.

2. LES RÉACTIONS À L'ARRÊT VAN GEND EN LOOS

Comme l'a montré Vauchez, les réactions publiques à l'arrêt *Van Gend en Loos* ont été presque immédiates. Dès le lendemain, le 6 février 1963, le juge Otto Riese, dans son allocution à la cérémonie d'adieu en son honneur ⁽⁵⁾, se référait à «une importante décision» à peine adoptée par la Cour. Le 21 février, le directeur général du service juridique des exécutifs européens ⁽⁶⁾, Michel

⁽²⁾ Haas, E. B., *The Uniting of Europe: Political, Social, and Economic Forces, 1950-57*, Stanford, CA: Stanford University Press, 1958.

⁽³⁾ Hoffmann, S.B., *The European Sisyphus: Essays on Europe 1964-1995*, San Francisco, Boulder, 1995.

⁽⁴⁾ Vauchez, A., «The transnational politics of judicialization. *Van Gend en Loos* and the making of EU polity», *European Law Journal*, vol. 16, n° 1, janvier 2010, p. 1-28.

⁽⁵⁾ Riese, O., «Ansprache von Herrn Professor O. Riese anlässlich seiner Verabschiedung am 6. Februar 1963», cité par Vauchez, précité note 5, p. 13.

⁽⁶⁾ Voir à ce propos Rasmussen, M., «Establishing a Constitutional Practice of European Law: The History of the Legal Service of the European Executive, 1952-65», *Contemporary European History*, vol. 21, n° 3, 2012, p. 375-396.

Gaudet, attirait l'attention du barreau des avocats de Liège sur cette «décision du plus haut intérêt» (7).

Deux jours plus tard, l'avocat général Maurice Lagrange, s'adressant à la section française de la Fédération internationale de droit européen (FIDE), se référait à l'arrêt du 5 février comme étant «de la plus haute importance» (8). Le même jour, le juge français Robert Lecourt publiait dans le journal *Le Monde* (9) un article intitulé «L'Europe dans le prétoire», où il soulignait que, en plein milieu de la crise bruxelloise, le monde judiciaire avait à peine posé une importante pierre à l'édifice européen.

Six semaines après, le juge Alberto Trabucchi prononçait à l'université de Ferrare une conférence sur le thème «Un nuovo diritto» (10), dans laquelle il évoquait «une décision qui aura un important écho». Toujours au printemps 1963, le président de la Cour, Andreas Donner, écrivit dans le premier numéro de la *Common Market Law Review* (11) que l'arrêt était «of cardinal importance for the entire operation of the EEC Treaty».

L'ancien juge à la Cour Nicola Catalano publia ensuite dans une revue juridique italienne très lue par les avocats, les juges et les universitaires, un article intitulé «L'insertion directe des dispositions contenues dans le traité instituant la Communauté économique européenne dans les systèmes juridiques des États membres» (12) et Paolo Gori, à l'époque référendaire du juge Trabucchi, dans une autre revue du même type, *Foro italiano*, publia un article consacré à l'arrêt *Van Gend en Loos* intitulé «Une pierre angulaire dans l'affirmation du droit européen» (13).

(7) Gaudet, M., «Incidences des Communautés européennes sur le droit interne des États membres», *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1963, p. 24.

(8) Lagrange, M., «L'organisation, le fonctionnement et le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes», *Bulletin de l'Association des juristes européens*, 1963, p. 13.

(9) 23 février 1963.

(10) Trabucchi, A., «Un nuovo diritto», *Rivista di diritto civile*, IX, 1963, p. 259.

(11) Donner, A., «National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Communities», *Common Market Law Review*, vol. 1, 1963, p. 13.

(12) Catalano, N., «L'inserimento diretto delle disposizioni contenute nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri», *Foro Padano*, 1963, p. 32.

(13) Gori, P., «Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo», *Foro Italiano*, 1963, p. 10.

L. F. D. ter Kuile, l'avocat de *Van Gend en Loos*, présenta un rapport ⁽¹⁴⁾ au deuxième congrès de la FIDE des 24-26 octobre 1963 à La Haye où il représentait la section néerlandaise, dans lequel il commentait l'extrême importance de l'arrêt. Trois juges et cinq assistants à la Cour de justice participaient à ce congrès, ainsi que Michel Gaudet.

Pour la période qui suit, il devient difficile, sinon impossible, de distinguer entre les réactions spécifiques à l'arrêt — et à la jurisprudence *Van Gend en Loos* — et celles qui se réfèrent à la jurisprudence *Costa/ENEL*. Dès le 14 janvier 1964, le Giudice conciliatore de Milan avait en effet posé la question préjudicielle parvenue à la chancellerie de la Cour de Luxembourg le 20 février; le 7 mars, la Corte costituzionale avait rendu sa décision sur l'autre question préjudicielle que lui avait posée le Giudice conciliatore dans la même affaire, toujours à la demande de l'avocat Flaminio Costa. La Corte costituzionale, comme l'on sait, avait considéré que, puisque le traité CEE avait été ratifié par une loi ordinaire italienne, la loi ordinaire successive devait produire ses effets selon les principes de la succession des lois, et qu'il ne lui appartenait pas de vérifier si la loi attaquée avait violé les obligations assumées avec le traité.

Pour ce qui est des autres réactions institutionnelles, Vauchez ⁽¹⁵⁾ a relevé l'intervention du 18 juin 1964 devant le Parlement européen du président de la Commission CEE, Walter Hallstein, qui présentait sa doctrine du droit communautaire ⁽¹⁶⁾, telle qu'elle découlait notamment de la jurisprudence *Van Gend en Loos*. Le même auteur a relevé le rapport adopté le 26 avril 1965 par la Commission des affaires juridiques du Parlement et élaboré par Fernand Dehousse sur «*La primauté du droit communautaire sur le droit des États membres*» ⁽¹⁷⁾, qui était très largement fondé sur l'arrêt *Van Gend en Loos* — et évidemment sur l'arrêt *Costa/ENEL*.

Pour résumer, les réactions institutionnelles — essentiellement celles de la Commission CEE, du Parlement et du service juridique commun des exécutifs

⁽¹⁴⁾ Ter Kuile, L. F. D., «Le problème des dispositions directement applicables des traités internationaux et son application aux traités instituant les Communautés», dans Fédération internationale pour le droit européen, *Deuxième colloque international de droit européen — La Haye 1963*, La Haye, Uitgerversmaatschappij, 1966.

⁽¹⁵⁾ Précité note 5.

⁽¹⁶⁾ Hallstein, W., «La Communauté européenne, nouvel ordre juridique», dans *Les documents de la Communauté européenne*, 1964, n° 27, p. 5.

⁽¹⁷⁾ Parlement européen, 1965, p. 21.

européens dirigé par Michel Gaudet — ont été immédiates, fortes et favorables à l'arrêt *Van Gend en Loos*, et ont insisté sur le lien entre applicabilité directe et primauté bien avant l'arrêt *Costa/ENEL*, en mettant fortement en évidence l'idée de l'«*ordre juridique nouveau*» créé par le droit communautaire.

Les réactions du monde scientifique de l'époque, qui sont sur la même ligne favorable à l'arrêt, sont à considérer à la lumière du dédoublement fonctionnel exercé par nombre de juges et référendaires publiant dans les revues juridiques et dans des journaux destinés à un public plus large. Ce n'est que plus tard qu'une discussion plus détaillée de la doctrine de l'applicabilité directe se développera. Rappelons que les revues spécialisées de droit communautaire venaient à peine de naître: la *Rivista di diritto europeo*, qui a cessé de paraître après 1989, avait été fondée en 1961; la *Common Market Law Review* en 1963; les *Cahiers de droit européen* et la *Revue trimestrielle de droit européen* en 1965; *Europarecht* en 1966.

Quant aux réactions institutionnelles nationales, il me semble indispensable de souligner qu'elles ont été pratiquement inexistantes en ce qui concerne l'arrêt *Van Gend en Loos*, et que même pour ce qui est de l'arrêt *Costa/ENEL*, les réactions réticentes de la part de certaines cours suprêmes ou constitutionnelles sont bien postérieures à la période ici considérée. En particulier, il me semble erroné d'interpréter la décision de la Corte costituzionale dans l'affaire *Costa/ENEL* comme une réaction négative à la jurisprudence de Luxembourg: c'est l'inverse qui se produit, car, comme le montre la chronologie, la Cour de Luxembourg réagit à celle de Rome. Pour ce qui est des réactions en provenance de la France et de l'Allemagne, il faut attendre respectivement l'arrêt du Conseil d'État français du 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, et, pour le Bundesverfassungsgericht, l'arrêt dit «*Solange I*» du 29 mai 1974 pour avoir une indiscutable réaction directe à la jurisprudence *Van Gend en Loos* et *Costa/ENEL* de février 1963 et juillet 1964.

Entre-temps, le 18 juillet 1967, le Bundesfinanzgerichtshof avait demandé à la Cour si elle maintenait sa position dans l'arrêt du 16 juin 1966 dans l'affaire 57/65, *Lütticke*, relativement à l'applicabilité directe de l'article 95, premier alinéa, du traité, et la Cour avait réagi négativement. Il est utile d'indiquer à ce propos que le renvoi préjudiciel en 1967 n'était pas le fruit d'une interrogation de portée théorique, mais qu'il était dû aux suites d'un arrêt du Finanzgericht de la Sarre, qui, à la suite d'un renvoi préjudiciel, avait dû tirer les conséquences de l'applicabilité directe de cette disposition des traités, reconnaissant aux contribuables le droit de se prévaloir de la règle de

non-discrimination fiscale, ce qui entraîna 200 000 réclamations administratives et 10 000 recours contentieux ⁽¹⁸⁾, avant que la Cour suprême en matière fiscale ne soit saisie et n'essaie d'endiguer ce flot de recours par la voie de sa question préjudicielle dans l'affaire 28/67, *Firma Molkerei Centrale*. La réponse de la Cour de justice dans l'arrêt du 3 avril 1968, tout en ménageant quelques possibilités d'ordre technique pour répondre aux problèmes pratiques d'afflux du contentieux, maintenait en substance la doctrine de l'applicabilité directe. L'arrêt *Solange I* est postérieur de six ans à ce dernier arrêt, de dix ans à l'arrêt *Costa/ENEL* de la CJCE et de plus de onze ans à l'arrêt *Van Gend en Loos*.

Il n'y a pas eu, à ma connaissance, de réaction officielle à l'arrêt *Van Gend en Loos* de la part des gouvernements des États membres. Au contraire, il est remarquable que, dans l'affaire *Costa/ENEL*, à la différence du gouvernement italien — qui se devait de rappeler la position de sa Cour constitutionnelle et se devait d'essayer de la défendre —, les autres gouvernements n'aient pas présenté d'observations devant la Cour de justice.

Il faudra attendre la fin des années 60, après la période ici considérée, pour assister à des prises de position hostiles à la Cour de la part de Michel Debré, ministre des affaires étrangères du général de Gaulle en 1968-1969 et son ancien Premier ministre de 1959 à mi-1962; encore s'est-il agi, à ma connaissance, seulement d'articles publiés dans la presse, mais pas de prises de position officielles du gouvernement.

Il me semble que ce serait dépasser le mandat qui m'a été confié par les organisateurs de cette journée de travail que d'aller au-delà de cette période. Me limitant donc à celle-ci, je voudrais à présent faire quelques observations sur le contenu des réactions.

3. LE CARACTÈRE LIMITÉ DES RÉACTIONS À LA DOCTRINE DE L'APPLICABILITÉ DIRECTE

La question posée à la Cour par la Tariefcommissie d'Amsterdam concernant l'applicabilité directe de l'article 12 du traité CEE, plus précisément, selon ma propre traduction littérale ⁽¹⁹⁾ du texte néerlandais: «*Si l'article 12 du traité CEE a l'effet interne évoqué par la partie demanderesse, en d'autres termes, si*

⁽¹⁸⁾ Voir Lecourt, R., *Le juge devant le Marché commun*, Genève, IUHEI, 1970, p. 40.

⁽¹⁹⁾ Pour plus de détails, voir «Relire Van Gend en Loos», précité note 2.

les ressortissants des États membres peuvent avoir directement sur la base de cet article des droits que le juge doit protéger.» Il ne me semble pas que les réactions à l'arrêt se soient focalisées pendant la période concernée sur la réponse que la Cour donna à cette question, à savoir, selon le texte français de l'arrêt, que «l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder».

Ce n'est que plus tard, à partir des années 70 me semble-t-il, que la doctrine a commencé, notamment dans les manuels de droit communautaire, à échafauder des théories tentant de distinguer les notions d'applicabilité directe, d'effet direct, d'effet immédiat, etc., en particulier en opposant les formulations de la Cour à celle de l'article 189 du traité CEE selon lequel le règlement «est directement applicable». Ce type de construction, à ce qu'il me semble, repose sur une exégèse à la fois exagérée — en ce qu'elle cherche une intention de la Cour là où il n'y en avait pas — et incomplète, car elle ne prend en compte ni la formulation exacte de la question préjudicielle de la Tariefcommissie dans la langue originale — sur laquelle se base le concept d'applicabilité directe dans l'arrêt de la Cour —, ni les différentes formulations de l'arrêt dans les quatre langues en vigueur dans les traités pour la période qui nous intéresse.

De même, il ne me semble pas qu'il y ait eu des réactions approfondies quant aux différences d'approche de l'avocat général Roemer, qui, tout en admettant la possibilité de l'applicabilité directe des dispositions du traité CEE, la déniait en ce qui concerne le cas spécifique de l'article 12. Ce n'est, là encore, que plus tard que la doctrine a commencé à relever les possibles divergences entre membres de la Cour, puisqu'on a su que l'arrêt avait été adopté à la majorité, sans toutefois s'interroger sur quoi portaient exactement les divergences.

J'ai déjà eu l'occasion ailleurs ⁽²⁰⁾ de relever les différences de vocabulaire entre la version italienne de l'arrêt, qui parle explicitement de «diritti soggettivi», et les trois autres versions, qui n'utilisent pas ces termes, ce qui a pu mener par la suite à des différences d'un pays à l'autre dans la focalisation et le contenu des commentaires doctrinaux de la jurisprudence *Van Gend en Loos*, en fonction des différences importantes entre États membres en ce qui concerne les conséquences techniques attribuées, notamment en matière contentieuse, aux notions de droit, de droit subjectif, ou d'intérêt, et d'intérêt légitime. Paolo Gori nous a indiqué que le choix des termes «diritti soggettivi»

⁽²⁰⁾ Voir note 2.

dans la version italienne était dû à la volonté expresse d'Alberto Trabucchi d'éviter que les juges ou la doctrine italienne se refusent à donner toute sa dimension à la doctrine de l'applicabilité directe sous prétexte qu'il ne se serait agi que d'intérêts légitimes, pour lesquels la possibilité d'une mise en jeu de la responsabilité de l'État était exclue ⁽²¹⁾.

Cette problématique a été mise en lumière en particulier par Jean Boulouis et Roger-Michel Chevallier dans leurs «Grands arrêts» de la CJCE, dont la première édition date de 1974. R.-M. Chevallier était l'assistant de Robert Lecourt au moment de l'arrêt *Van Gend en Loos*, ce qui donne un poids particulier à cet ouvrage dans le cadre du présent exposé. Leur commentaire à l'arrêt *Salgoil* du 19 décembre 1968 ⁽²²⁾ mérite d'être cité, s'agissant d'une affaire qui rentre dans le cadre de la période ici examinée: «[...] il faut avoir présente à l'esprit la distinction opérée par le droit italien entre les “droits subjectifs” et les “intérêts légitimes”, [...] le critère de répartition des compétences entre la juridiction administrative et les tribunaux judiciaires. Il suffit de relire la question telle qu'elle était posée au juge communautaire pour s'apercevoir que cette distinction y était sous-jacente [...] Là n'était cependant pas l'essentiel ni le principal [...] Le gouvernement italien n'en prit pas moins prétexte pour mettre la Cour en garde contre l'immixtion que constituerait de sa part la résolution du problème interne de répartition des compétences sur lequel elle n'avait pas à se prononcer. La Cour [...] après avoir supprimé l'adjectif individuel qu'elle appliquait d'habitude aux droits nés des dispositions directement applicables, [...] concéda, comme on a pu le remarquer, “qu'il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente et, à cet effet, de qualifier ces droits selon les critères du droit interne”» ⁽²³⁾. Comme on le voit, on peut compter les observations du gouvernement italien dans l'affaire *Salgoil* au nom des rares réactions institutionnelles à l'arrêt *Van Gend en Loos* qui s'attachent à un aspect particulier de la doctrine de l'applicabilité directe.

Il ne me semble pas qu'il y ait eu, au cours de la période examinée, des réactions très articulées en ce qui concerne les conditions de l'applicabilité

⁽²¹⁾ Voir les publications de Nicola Catalano et de Paolo Gori, précitées notes 13 et 14, sont à lire dans ce contexte.

⁽²²⁾ Boulouis, J., et Chevallier, R.-M., *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 1974; en l'espèce, il s'agit des commentaires à l'arrêt du 19 décembre 1968 dans l'affaire 13/68, *Salgoil/Ministero del commercio con l'estero*, Rec. p. 661.

⁽²³⁾ La formulation citée est celle de la 4^e édition des Grands arrêts précités, 1984, p. 172.

directe — clarté, précision et inconditionnalité — et encore moins aux déclinaisons possibles de ce paradigme. Il me paraît significatif à cet égard que J. Boulouis et R.-M. Chevallier n'aient pas consacré de commentaires à ces caractéristiques, ni à propos de l'arrêt *Van Gend en Loos* ni à propos des arrêts qui ont successivement précisé le champ d'application de la doctrine de l'applicabilité directe. Ils n'ont fait de commentaires en ce sens ni à propos des directives CEE/Euratom et des recommandations CECA pour les dispositions desquelles l'applicabilité directe avait été reconnue comme possible à partir de l'arrêt du 17 décembre 1970 dans l'affaire 33/70, *SACE/Ministère des finances de la République italienne* — qui préfigurait, entre autres, la solution de l'arrêt du 5 avril 1979 dans l'affaire 148/78, *Ratti* —, ni à propos de l'arrêt du 6 octobre 1970 dans l'affaire 9/70, *Franz Grad*, ni à propos des conventions conclues par les Communautés, en cause dans l'arrêt du 5 février 1976 dans l'affaire 87/75, *Bresciani*.

Cette absence d'intérêt pour les conditions de l'applicabilité directe, telles qu'exposées explicitement dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, est sans doute l'une des raisons qui expliquent qu'une partie de la doctrine ait été surprise par des développements qui étaient à mon avis prévisibles: dès lors que des dispositions de droit primaire pouvaient être directement applicables sans mention expresse de ce caractère dans les traités, il était hasardeux d'opposer la définition du règlement dans l'article 189 du traité CEE à la possibilité d'une applicabilité directe de dispositions contenues dans d'autres types d'actes communautaires.

4. LA PRÉDOMINANCE DES RÉACTIONS À LA CARACTÉRISATION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES COMME ORDRE JURIDIQUE NOUVEAU

Ce que les réactions institutionnelles et scientifiques à l'arrêt *Van Gend en Loos* au cours de la période de référence de cet exposé ont avant tout mis en évidence, c'est la phrase: «*Il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants.*» Comme cela a été relevé à juste titre par Vauchez ⁽²⁴⁾, les observations présentées par la Commission démontraient «de manière

⁽²⁴⁾ Précité note 5, p. 11.

impressionnante», selon les mots utilisés par l’avocat général Roemer dans ses conclusions, que «les traités européens constituent une innovation profonde (*eine tiefgehende Neuerung*) et qu’il serait faux de ne les examiner qu’à la lueur des principes généraux du droit des gens» (Roemer soulignait le «*nur im Lichte*» [seulement à la lumière], rendu dans la traduction officielle par «qu’à la lueur»). On sait que c’était précisément le cœur des discussions déjà engagées dès la signature des traités de Rome, à partir du congrès de Stresa ⁽²⁵⁾, entre les juristes qui s’intéressaient au droit communautaire, notamment dans le cadre de la FIDE et en particulier au sein de sa section néerlandaise, où les avocats de la société Van Gend en Loos étaient particulièrement actifs. Je n’insisterai pas plus sur ce point puisque l’essentiel des exposés qui suivent sont précisément consacrés à cet «ordre juridique nouveau». Il faut toutefois indiquer que, dès les jours qui suivirent la lecture de l’arrêt, les réactions ne se sont guère attachées à une exégèse, ni même à une interprétation plus complexe, de l’arrêt lui-même, mais plutôt aux concepts qui avaient été développés en particulier par Michel Gaudet dans les observations de la Commission.

5. LE DÉBAT SUR LA PRIMAUTÉ DU DROIT COMMUNAUTAIRE DANS LES RÉACTIONS À L’ARRÊT

47

Les réactions à l’arrêt *Van Gend en Loos* ne se sont pas limitées à la question de l’«*ordre juridique nouveau*», elles ont également porté sur la question de la primauté du droit communautaire.

Avant même le déclenchement de l’affaire *Costa/ENEL*, dans la seconde moitié de l’année 1963, un grand nombre de commentateurs ont fait valoir que la primauté du droit communautaire devait être la conséquence de la jurisprudence *Van Gend en Loos*; le vocabulaire n’était pas fixé — il ne le sera qu’avec le choix du terme «primauté» par la convention européenne en 2002 —, et on parlait aussi bien de prévalence, de priorité, voire de suprématie. Il n’y a rien d’étonnant aux réactions à l’arrêt *Van Gend en Loos* — alors que celui-ci consacra le principe de l’applicabilité directe et non celui de la primauté, confirmé par l’arrêt du 15 juillet 1964 dans l’affaire 6/64, *Costa/ENEL* —, puisque la problématique des rapports entre droit communautaire et droit interne avait été soumise à l’attention de la Cour non seulement dans les observations présentées par la Commission au cours de la procédure, mais

⁽²⁵⁾ Voir Bailleux, J., «Comment l’Europe vint au droit. Le premier congrès international d’études de la CECA (Milan-Stresa 1957)», *Revue française de science politique*, vol. 60, n° 2, 2010, p. 295 et suiv.

encore, et de manière particulièrement incisive, dans les observations du gouvernement belge, comme cela ressort clairement des conclusions de l'avocat général.

Il faut rappeler que c'est seulement le fait des hasards du calendrier contentieux si la question de l'applicabilité directe a été soumise à la Cour avant celle de la primauté: en effet, l'article 66 de la Loi fondamentale des Pays-Bas fondait la primauté sur le droit interne des dispositions d'un traité qui peuvent avoir des effets directs pour les particuliers, raison pour laquelle, justement, la Tariefcommissie d'Amsterdam avait demandé à la Cour de justice ce qu'il en était à cet égard de l'article 12 du traité CEE, alors que la question de la primauté était déjà résolue par le droit néerlandais en l'espace.

Il suffit de relire les conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire *Van Gend en Loos* ⁽²⁶⁾ pour comprendre non seulement que, lorsque la Cour adopta la formulation définitive de son arrêt du 5 février 1963, les juges européens étaient bien conscients de la problématique de la primauté, mais, qui plus est, que les conclusions de l'avocat Roemer mettaient parfaitement en lumière que, dès lors que la Cour décidait de ne pas suivre son avocat général et de reconnaître l'applicabilité directe de cette disposition, elle n'aurait d'autre choix par la suite que d'affirmer que le droit communautaire prévaut sur le droit interne, ou bien de se résigner à ce que les dispositions directement applicables des traités n'aient d'effet que dans certains États membres, ceux qui, comme la France, le Luxembourg et les Pays-Bas, avaient une Constitution faisant prévaloir explicitement le droit conventionnel sur le droit interne. Il serait donc légitime de compter l'essentiel des réactions à l'arrêt *Costa/ENEL* dans la période considérée comme des réactions indirectes à l'arrêt *Van Gend en Loos*. C'est ce que font la plupart des auteurs déjà cités ⁽²⁷⁾, mais l'étude de ces dernières réactions mériterait une analyse plus approfondie dans le cadre d'un autre colloque.

⁽²⁶⁾ Cela est développé dans mes publications, précitées note 2.

⁽²⁷⁾ En particulier Vauchez, précité note 5, et l'essentiel de la littérature citée dans son article.

Introduction

Christian Tomuschat

PROFESSOR EMERITUS, HUMBOLDT UNIVERSITY, BERLIN

JUST WHEN IN 1963 I revised for a last time my doctoral thesis on the procedure of preliminary references ⁽¹⁾, the Court handed down its judgment in *Van Gend en Loos* ⁽²⁾. It confirmed the conclusion to which I had already arrived: that to determine whether a provision of the EEC Treaty was self-executing had to be classified as a matter governed by Community law and not by domestic law. Obviously, a simple truth can have far-reaching and fairly dramatic consequences. Having been called to act as the chairman of this second working session, I have to confine myself to putting forth a few general thoughts of introduction to the reports and to the general discussion.

Assessing the developments entailed by *Van Gend en Loos* from a constitutional perspective, I would like to focus on four general consequences. Fifty years after that innovative judgment the general lines of the ensuing developments have become crystal clear. *Van Gend en Loos* was one of those founding determinations that have profoundly shaped the constitutional architecture of the European integration process. Maybe the lessons drawn in *Van Gend en Loos* would have become inevitable in the long run in any event. However, a special tribute is due to the farsightedness of the judges who, against stiff

⁽¹⁾ Christian Tomuschat, *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften* (Köln & Berlin: Carl Heymanns, 1964) 104.

⁽²⁾ Case 26/62 [1963] ECR I.

resistance from many of the Member States⁽³⁾, had the courage of stating that the European Economic Community constituted a new legal order ‘the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals’⁽⁴⁾.

My first comment is this. *Van Gend en Loos* has dethroned the governments of the Member States as masters of the implementation process under the integration treaties. According to general international law, treaties are largely entrusted to the care of the contracting parties, which means: to the governments of the States concerned. They may interpret the stipulations agreed by them as they see fit, even through their common practice, and any results from these informal processes will acquire binding legal force⁽⁵⁾. Under the Union regime, informal agreements among the Member States are not capable of producing such outcomes⁽⁶⁾. Similarly, decisions of the representatives of the Member States, meeting within the Council, although playing an important role in the implementation process, to the extent that certain powers in respect of the Union remain in the hands of the Member States, cannot amend the primary law of the treaties.

Within the framework of an international organization, the institutions acting on behalf of the organization concerned may also shape, through their practice, the legal bases which they are called upon to apply. This has become visible especially at the United Nations where change occurs almost exclusively through the practice of the General Assembly, the Security Council and to some extent also the other bodies entrusted with discharging the tasks assigned to them. Largely, the United Nations has remained an instrument at the service of the nations controlling it. The world organization has never succeeded in developing a true institutional autonomy. This may be applauded or stigmatized as one of its major defects but is a fact deeply permeating the way in which political matters are handled in New York⁽⁷⁾. National sovereignty has not vacated the strategic site between the East River and the Hudson River.

⁽³⁾ Belgium, Germany and the Netherlands took a stance against direct invocability of Article 12 EEC Treaty by individual parties.

⁽⁴⁾ [1963] ECR I, at 12. Advocate General Roemer’s opinion of 12 December 1962, [1963] ECR 16, 24, had not foreshadowed the step taken by the Court.

⁽⁵⁾ See Article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

⁽⁶⁾ CJEC Case 43/75 *Defrenne (II)* [1976] ECR 445, at 478, paragraphs 57, 58.

⁽⁷⁾ In order to elucidate the relevant issues, the International Law Commission has put the topic ‘Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties’ on its agenda, appointing its German member Georg Nolte as Special Rapporteur.

No judicial body has been set up to review, under its compulsory jurisdiction, the conformity of the acts of Member States or of the UN political bodies as to their conformity with the UN Charter. The fact that a tribunal – formerly the UN Administrative Tribunal, today the UN Internal Justice System – was established with the mandate to protect the legal rights of the employees of the organisation belongs to a different institutional logic. Absent such an international labour court, the rule of law would have been severely compromised through a total lack of judicial remedies.

It is true that at the European level that traditional pattern had already been departed from to a great extent through the establishment of the CJEU, at that time CJEC (hereinafter: the Court). However, access to the Court was difficult. The procedure of preliminary rulings may deploy its effects only where a party in a proceeding before a national court can show that a provision of Community law is relevant for the outcome of the proceeding – originally a fairly difficult task inasmuch as most of the treaty rules were deemed to affect only the States parties, not conferring any direct entitlements on private parties. Thus, large parts of the legal framework of the European integration process remained essentially under executive influence, be it on the part of the executive institutions of the integration process, the Commission and the Council, or the national governments acting through informal consensus in accordance with the general understanding of general international law. The governments of the Member States as masters of the European legal order: this is now a thing of the past, legally obsolete yet not totally absent in fact, as the continuing crisis in the Euro zone has made abundantly clear where financial power structures cast a profound shadow on the institutional decision-making processes of the European Union.

My second point is the tremendous gain obtained by the ordinary citizen. They have been established by *Van Gend en Loos* as guardians of the integrity of the legal system. Whenever they feel that something is wrong “in Brussels”, they can attempt to launch a judicial proceeding, which normally must start at domestic level. One may call this a truly democratic achievement, already emphasized by Joseph Weiler in his report. Much depends in this regard on the openings provided by the national system. National procedural codes may be strict in requiring that a judicial action is admissible only where the claimant can rely on a subjective entitlement, which is the case in Germany, where such

an entitlement must at least be plausibly alleged⁽⁸⁾. Where the requirements are thus placed at too high a level, Union policies may become frustrated inasmuch as, apart from the Commission, no other actor is capable of assuming the defence of common interests⁽⁹⁾. In principle, an assessment made in this regard at domestic level should not be different from the assessment of the Court as to whether a private citizen may invoke a provision of Union law. Yet inconsistencies may easily occur, in particular in respect of situations where the Court has not yet made a definitive pronouncement on the legal position concerned. On the other hand, where the domestic system is particularly generous in granting *jus standi*, the Court may be faced with issues of a highly political nature not ideally appropriate for private litigation. The Irish case of *Pringle*⁽¹⁰⁾ provides a borderline ‘problematique’ in that regard. Normally, as is well known, the Court does not enquire into the relevance of the questions referred to it for the outcome of the proceedings at national level⁽¹¹⁾. This generosity may be easily used for manipulative purposes. Litigants seeking to bring about a determination on a controversial issue under one of the constitutive treaties have on quite a number of occasions invented imaginative strategies to reach their goal through the preliminary procedure. In *Meilicke*⁽¹²⁾, where the hypothetical character of the case was too obvious, the Court declined to give a ruling on the reference; in *Foglia v Novello*⁽¹³⁾ and *Mangold*⁽¹⁴⁾, where the strategic aims of the parties before the court of origin of the case were better presented in a nicely wrapped story, the Court took the bait – and even with far-reaching consequences.

The third observation concerns the role of the Court. Although the Court certainly did not intend to increase its role within the framework of the integration process, it *de facto* brought about precisely that result because *Van Gend en Loos*, in combination with the doctrine of supremacy of Community/

⁽⁸⁾ See Article 42(2) *Verwaltungsgerichtsordnung* (Code of judicial procedure in administrative matters).

⁽⁹⁾ See Case C-115/09 *Bund für Umwelt und Naturschutz* [2011] ECR I-3673, paragraphs 51-59.

⁽¹⁰⁾ Case C-370/12 *Pringle*, judgment of 27 November 2012, paragraphs 115-129.

⁽¹¹⁾ See ultimately Case C-300/11 ZZ, judgment of 4 June 2013, paragraphs 36, 37; Case C-186/12 *Impacto Azul*, judgment of 20 June 2013, paragraphs 26-28.

⁽¹²⁾ Case C-83/91 *Meilicke* [1992] ECR I-4871, paragraphs 25-33.

⁽¹³⁾ Case 244/80 *Foglia v Novello* [1981] ECR 3045.

⁽¹⁴⁾ Case C-144/04 *Mangold* [2005] ECR I-9981, paragraphs 32-39.

Union law ⁽¹⁵⁾, has widely opened the gates of the Courts to individual claimants. The Court has secured for itself a place right at the hub of the integration process. No detailed explanation is needed to corroborate this proposition. Under the current circumstances, there is hardly any issue which cannot be brought to the cognizance of the Court. The scope of its competence under Article 267 TFEU is so broad that it has necessarily the last word on (almost) all controversial issues of interpretation of Union law. Governments may in many instances hesitate, on grounds of political expediency, to institute judicial proceedings for the settlement of a controversial issue, believing that a kind of political arrangement would serve their interests much better than a judgment of the Court. Private litigants do not have to take into account such political considerations. They may, free from any inhibitions, vindicate their rights, not caring about the political background of the case they are initiating or of any sensitive repercussions of a financial or economic nature.

This statement is closely connected to my fourth constitutional observation, the secondary role assigned to European legislation. Lawyers and ordinary citizens in the Western world are generally aware of the fact that a legislative enactment does not necessarily constitute the last word but can be challenged, in whatever form, before a judicial body. As a rule, the yardstick for assessing the lawfulness of a legislative enactment is the human rights enshrined in a constitutional document. In the European Union, one may indeed note a growing tendency to introduce procedures of constitutional review. Even countries that for decades had fought that tendency, fearing a *gouvernement des juges* like France, eventually accepted a mechanism of constitutional jurisdiction and have even strengthened its grip in recent years ⁽¹⁶⁾. However, in the EU, legislation is subordinated to many more and stricter requirements. In addition to having to respect human rights, it must be based on a power explicitly provided for in a treaty provision (principle of conferral), and those treaty provisions control in a narrow fashion the exercise of the relevant power. Legislative discretion is strictly confined. At any time, the primary treaty law, not relegated to a sleeping beauty as soon as secondary legislation has been enacted, takes precedence over regulations and directives, and the primary law is what the Luxemburg judges say it is. One may squarely state that no true balance of power exists between the Court and the legislative organs, in particular the European Parliament. The Court is indeed a

⁽¹⁵⁾ Case 6-64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585.

⁽¹⁶⁾ Reference is made to Article 61-1 of the French Constitution, introduced by Constitutional Law No 2008-724, of 23 July 2008.

super-court, without any effective countervailing power. In the long run, this state of affairs cannot but lead to frictions. Viewed from a democratic viewpoint, *Van Gend en Loos* is therefore highly ambiguous. On the one hand, the increased role of the individual in being able to vindicate strict observance of the law can be called a true democratic achievement. On the other, to entrust invariably the Court with the last word and not a parliamentary body must also give rise to doubts under the auspices of democratic rule.

I take it that the Court itself would be happy if it did not invariably have to assume the responsibility for decisions close to the political domain. But it cannot hide away. And it does not have at its disposal a political question doctrine to avoid having to address issues that are not only delicate, but may raise highly sensitive issues of foreign policy or even jeopardize the existence of the European Union as such. As long as the Court was essentially confined to economic matters and specific rights of individual claimants, including corporate bodies, the principle of judicial protection required unfettered respect. However, the relevant perspective changes – or has already changed – when the Court is called upon to make general determinations on matters related to the general political position of the EU in the world, notwithstanding the exclusion clause of Article 275 TFEU. Then, consideration must be given anew to the pros and cons of a judicial review body with comprehensive competences. This is no plea for restricting the scope of the Court's jurisdiction. However, any observer must be aware of the fact that with the expansion of the mandate and powers of the EU the role of the Court almost inevitably expands as well and gains increased weight in matters that are located in a border zone area between law and politics.

I shall leave it at these fragmentary observations, hoping to have provided some food for reflection and discussion.

The Autonomy of the EU Legal Order — Fifty Years After *Van Gend*

Ingolf Pernice

PROFESSOR, HUMBOLDT UNIVERSITY, BERLIN

1. INTRODUCTION

55

THESE DAYS WE CELEBRATE THE 50th birthday of the judgment in *Van Gend en Loos* ⁽¹⁾. This case, in some way, shaped the history of European integration more than any other policy, leader or judgment. While, after the entry into force of the EEC Treaty, governments hesitated to give effect to what was agreed upon, the ECJ took seriously the spirit and intentions of this unprecedented constituent text.

If the EEC-Treaty established – in the words of Walter Hallstein – a ‘Rechtsgemeinschaft’ ⁽²⁾, it means that the basis of this revolutionary construct, where sovereignty is pooled beyond the nation-state, is the law – and that the judiciary is to play a central role in it. Thus, it was for the ECJ to give

⁽¹⁾ ECJ Case 26/62 *Van Gend en Loos*.

⁽²⁾ See Walter Hallstein, *Die Europäische Gemeinschaft*, 1st ed. (Düsseldorf, Econ-Verlag, 1973) 31 ff.; cf. ECJ Case 294/83 *Les Verts* [1986] ECR 1339, paragraph 23: ‘The European Economic Community is a Community based on the rule of law’. For further developments: Ingolf Pernice, *Begründung und Konsolidierung der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft*, in: Manfred Zuleeg (ed.), *Der Beitrag Walter Hallsteins zur Zukunft Europas, Referate zu Ehren von Walter Hallstein*, Baden-Baden (Nomos) 2003, S. 56-70, available as WHI-Paper 9/01.

full effect to the terms and objectives of the constitutional foundations of the European Community – and the Court rightly did so.

The subject of the present contribution is ‘the autonomy of the EU legal order’ as it results from the jurisprudence of the ECJ since *Van Gend*. Admittedly, the Court had not used this term prior to *Costa v ENEL* one year later ⁽³⁾. But when it spoke in *Van Gend* about a ‘new legal order of international law’, the seed for developments of great impact was already set. And it has extended the application of the principle to defend the European legal order not only against internal challenges from Member States but also from those created by international agreements of the Union.

Discussing autonomy of the European legal order in the light of the jurisprudence of the ECJ is not only of academic interest. At least under three aspects the concept seems to be of great practical relevance today as well.

The first is the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. Would the autonomy of the EU legal order be at risk if the EU was a party to the Convention with the consequence that judgments of the ECJ are subject to review by the European Court of Human Rights?

The second question is related to the bilateral investment agreements. Bilateral investment agreements among Member States as well as with third countries contain arbitration-clauses under which final awards are given even regarding questions of European law. Is the autonomy of the European legal order at risk if the ECJ has no opportunity to give a ruling on the interpretation or validity of the EU law at stake?

A possible threat to the autonomy of the European legal order are the proceedings pending before the German Federal Constitutional Court (GFCC) on the powers of the European Central Bank to announce an unlimited

⁽³⁾ ECJ Case 6-64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585 (English special ed.). Although it is true only for the German and French, but not the English translation, which speaks of an ‘independent source of law’, the ideas of autonomy and independence carry a similar meaning, at least as regards the relationship between the legal order of the EU and that of its Member States. For this interpretation see Pierre Pescatore, *Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A View from Within*, in: Miguel Poiares Maduro and Loic Azulai (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, 2010, p. 3, 5: ‘...that the autonomy is already strongly emphasised in the ruling of the Court, where it reads, community law, independent of Member State legislation.’

purchase of sovereign bonds of Member States under certain conditions on the secondary market (OMT-program) ⁽⁴⁾.

To understand the meaning and the scope of the concept of autonomy as developed by the ECJ since *Van Gend* (infra II.) will allow some deeper reflection on these practical questions of its application (infra III.).

2. MEANING AND SCOPE OF THE CONCEPT OF AUTONOMY

The concept of autonomy became a cornerstone of the Union legal order; it contributed substantially to the determination of the relationship of EU law with both national and international law. At the same time it was and still is one of the most controversially discussed issues in EU law.

In short, it seems to break up the traditional divide between national and international law by adding a new category of law. Since *Van Gend* the established case-law of the ECJ states that the EU legal order is distinct from the international legal order – the reference to international law in *Van Gend* has never been used again – and that EU law is distinct from national law, too ⁽⁵⁾. It must even be given primacy over national law by all institutions exercising public authority within the Union. As such it governs the relationship of Union law to the law of the Member States. The modalities have to be clarified (infra 1.) before the concept of ‘external’ autonomy is explained as developed by the Court with regard to international agreements of the EU (infra 2.).

⁽⁴⁾ GFCC, case 2 BvR 1390/12; 2 BvR 1421/12; 2 BvR 1438/12; 2 BvR 1439/12; 2 BvR 1440/12; 2 BvR 1824/12; 2 BvE 6/12.

⁽⁵⁾ In Case 26/62 *Van Gend en Loos*, the ECJ qualifies Community law as a ‘new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals. Independently of the legislation of Member States, Community law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage...’. Already the earlier finding in ECJ Case 13/61 *Bosch* [1962] ECR 45, at 49 (English special ed.), that the municipal law of a Member State and ‘Community law constitute two separate and distinct legal orders’, clearly excludes that it could be considered to be part of either national law or classical international law, and underlines its special character. For a thorough analysis see: René Barents, *The Autonomy of Community Law*, 2004, p. 167 et seq., 169. The principle of autonomy was first named explicitly ECJ Case 6-64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585 (English special ed.).

1. AUTONOMIES OF THE EUROPEAN AND THE NATIONAL LEGAL ORDERS

Autonomy and primacy of EU law became intrinsic elements of the concept of European law as law. Its uniform application is more than a mere condition for the functioning of the Union. It is even a condition to guarantee equality before the law, as we find it in Articles 9 TEU and 20 of the Charter on Fundamental Rights ⁽⁶⁾. According to the ECJ the principle of equality calls for an autonomous interpretation of EU law ⁽⁷⁾. Why should one feel bound, if others in the same situation are not? This equality would not exist without autonomy and primacy of EU law.

Van Gend, thus, has paved the way for EU law as a new kind of legal order, for the direct effect of the standstill-clause for custom duties among Member States in Article 12 of the 1957 EEC Treaty implied that, in a given case, the individual may directly invoke this norm before the national judge which, as a further consequence, may set aside conflicting provisions of national law. All the Member States and their courts are recognising this concept in principle. And the Treaties of Maastricht up to Lisbon are building upon it. It is the 'rule of law' that allowed the Union to develop as successfully as it did. The trust in the rule of law instead of the rule of man, unlimited power and force, this trust was and continues to be essential for the success of the European Union.

Nevertheless, national constitutional courts and, in particular, the GFCC are reluctant to fully accept the autonomy-thesis and primacy of Union law. The respect of fundamental rights, the safeguard of the limits of powers conferred to the Union and the protection of the Member States' constitutional identity are put forward as instances for an ultimate control of the application of EU law at the national level, so challenging the autonomy of the European legal order. They, indeed, refer to the concept of autonomy on grounds of their

⁽⁶⁾ See Ingolf Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, in Christian Calliess (ed.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, 2007, S. 61-92; WHI-Paper 8/2008, p. 21.

⁽⁷⁾ ECJ Case C-204/09 *Flachglas Torgau*, paragraph 37.

national law and constitutions, if not of national sovereignty, to oppose the EU legal order's claim of autonomy⁽⁸⁾.

Is it therefore correct to talk about 'competing autonomies', as René Barents does⁽⁹⁾? The question does not remain theoretical. Until recently, national courts were just warning in order to push the ECJ in matters like fundamental rights or to remind the Union of the limits of its powers, but they did not refuse the application of Union law in any case. This gentle period seems to be over since the Czech Constitutional Court, in the Slovak pensions case, held inapplicable a judgment of the ECJ in the Czech Republic⁽¹⁰⁾. Because of its circumstantial particularities, this incidence might be a mere 'historical curiosity', as a commentator said⁽¹¹⁾. But in fact it continually challenges the autonomy and the primacy of Union law, for which some theoretical adventures of the GFCC may have prepared the ground.

⁽⁸⁾ See the case-law of the German Federal Constitutional Court as the pioneer of this approach: case 2 BvL 52/71 of 29.5.1974, BVerfGE 37, 271, 278-285 (Solange I, English translation in 12 CMLRev. (1975). 275, 307), confirmed in case 2 BvR 197/83 of 22.10.1986, BVerfGE 73, 339, 375 et seq. Here, the GFCC reversed its 'Solange'-doctrine when it found that the ECJ had developed meanwhile sufficient safeguards for the protection of fundamental rights at the European level (ibid., paragraphs 104-132) the conceptual approach of 'Solange I' has not been given up. For cases of general and evident violations of the essential substance of fundamental rights see case 2 BvR 2134, 2159, Dec. of 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 174 et seq. – Maastricht, paragraph 70; case 2 BvL 1/97 of 7.6.2000, BVerfGE 102, 147, 162 et seq. – Bananen, para. 56-62; for Union acts ultra vires changing the structure of competences of the Union see case 2 BvR 2134, 2159, Dec. of 12.10.1993, BVerfGE 89, 155, 188 – Maastricht, paragraph 106; see also GFCC case 2 BvR 2661/06 of 6.7.2010, BVerfGE 126, 286 – Honeywell, paragraph 61, restricting this control to cases of evident and sufficiently qualified violations modifying the structure of competences ('Kompetenzgefüge'); and for measures affecting the constitutional identity of Germany see case 2 BvE 2/08 of 30.6.2009 BVerfGE 123, 267 – Lissabon, paragraphs 218 et seq., 226, 239-241.

⁽⁹⁾ René Barents, *The Autonomy of Community Law*, 2004, p. 18, 176, further development of the argument ibid., p. 268 et seq., 299 et seq.

⁽¹⁰⁾ CCC case Pl. ÚS 5/12, of 31.1.2012 – Slovak Pensions. For comments see: Robert Zbíral, 'Czech Constitutional Court, judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12. – A Legal revolution or negligible episode? Court of Justice decision proclaimed ultra vires', 49 CMLRev. (2012), pp. 1475-1491; Jan Komárek, *Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII*, 8 EuConst (2012), p. 323-337.

⁽¹¹⁾ Robert Zbíral, Nuclear War between the Court of Justice and Czech Constitutional Court (hopefully) averted, in: *Verfassungsblog*. On matters constitutional, Wednesday 9 Jan 2013, available at: <http://www.verfassungsblog.de/de/czech-constitutional-court-war-averted/#.UlfuVOzDhp>.

The autonomy of the EU legal order, thus, became an issue of practical relevance. What is its future? My proposal is not to accept the concept of ‘competing autonomies’. Both legal orders are not independent from each other. Autonomy in the composed legal system ⁽¹²⁾ should be understood as ‘embedded autonomy’. It is based upon the co-responsibility of European and national courts for what constitutes ‘the law’ in each particular case.

The following five theses supplemented by some further considerations may explain what this means:

a. Autonomy and constitutional pluralism

Autonomy of the EU legal order does not imply hierarchy but rather a pluralist concept of legal orders applicable to the same people.

First of all, the pluralist approach ⁽¹³⁾ is a matter of realism: From the perspective of each legal order the claim of autonomy seems to be perfectly legitimate for the courts established by them respectively. Consequently, the EU legal order can neither be conceived as being derived from 28 different national legal orders, nor do national constitutions allow to be subject to a supremacy of Union law in a hierarchical sense without any reservation ⁽¹⁴⁾. As both legal orders supplement each other, are legitimised by and applicable to the same people, acknowledgement of some sort of legal pluralism is necessary ⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ For the theoretical background see Ingolf Pernice, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, *European Law Review* 27 (2002), S. 511-529, WHI-Paper 5/2002; id., *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, in: Christian Callies (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, 2007, S. 61-92, WHI-Paper 8/2008.

⁽¹³⁾ For the concept of constitutional pluralism see first: Neil McCormick, *Beyond the Sovereign State*, 56 *Modern Law Review* (1993), p. 1 et seq.; id., *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, 1999. An insight into the many faces of constitutional pluralism can be found at Matej Avbelj and Jan Komárek, Introduction, in: id. (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, 2012, p. 1, 4-7. See also Neil Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *Modern Law Review* 65 (2002) No 3, p. 317, 336 et seq. with further reference to other works on legal pluralism.

⁽¹⁴⁾ McCormick, *Questioning Sovereignty* (note 13), p. 104.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 105. For the reconciliation of constitutionalism and constitutional pluralism see Franz Mayer/Mattias Wendel, *Multilevel-Constitutionalism and Constitutional Pluralism. Querelle Allemande ou Querelle d'Allemand?* in: Avbelj/ Komárek (note 13) pp. 105.

b. Ensuring legal certainty in a pluralist system

Legal certainty requires to ensure that if two legal orders co-exist only one legal solution is applicable *in concreto* to solve cases of conflict.

The rule of law demands for a single legal solution in every individual case. If this cannot be guaranteed, there is no rule of law and therefore no law at all ⁽¹⁶⁾. Any meta-rule assumed to do this, however, would imply a monist approach with some sort of hierarchy, at least for the meta-rule having authority over the conflicting legal orders. It would, thus, exclude the claim of autonomy for each of them. The establishment of a constitutional council having jurisdiction at least on the key question of competences ⁽¹⁷⁾, therefore, would not be a solution, while concepts like contrapunctual law ⁽¹⁸⁾, the principle of best fit ⁽¹⁹⁾ or of procedural priority ⁽²⁰⁾ either face a similar criticism ⁽²¹⁾ or lack an explanation for why an autonomous legal order should engage into such methods. Though these approaches indicate a path for practically ensuring what the rule of law and, thus, legal certainty require, a theoretical framework is needed for providing these methods with a normative basis without abandoning pluralism.

⁽¹⁶⁾ The critique of constitutional pluralism by J. Baquero Cruz, *The Legacy of the Maastricht Urteil and the pluralist Movement*, 14 *European Law Journal* (2008), p. 389, 416 et seq., seems to focus on this problem; similarly: P. Eleftheriadis, *Pluralism and Integrity* 23 *Ratio Juris* (2010), p. 365, 377 et seq. 387, 388.

⁽¹⁷⁾ J.H.H. Weiler, *The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass*, 37 *Harvard International Law Journal* (1996), p. 447; id., *The Constitution of Europe*, 1999, p. 322, 353 et seq.

⁽¹⁸⁾ See Miguel Poires Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in: Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, 2003., p. 501, 523 et seq.; id., *Der Kontrapunkt im Dienste eines europäischen Verfassungpluralismus*, 42 *EuR* (2007) 3, 22 et seq.

⁽¹⁹⁾ Mattias Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, 11 *ELJ* (2005), p. 262, 286 et seq.; see also id., *The Moral Point of Constitutional Pluralism: Defining the domain of legitimate institutional disobedience and conscientious objection*, in: Julie Dickson and Pavlos Eleftheriades, *The Philosophical Foundations of European Union Law* (2012), p. 216-246.

⁽²⁰⁾ Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Duncker&Humblot, Berlin 2001, p. 215-220, 255, 284-295.

⁽²¹⁾ For clarification that the idea of contrapunctual law is non-hierarchical see Miguel Poires Maduro, *Three Claims of Constitutional Pluralism*, in Avbelj and Komárek, *Constitutional Pluralism* (note 13), p. 83.

c. Interdependence and interplay of European and national law

Any autonomous body exists in an environment, with which it is interacting in order to survive. This is particularly true for the European system of autonomous but closely interrelated legal orders.

The EU legal order is interdependent and interwoven with the national legal orders both, functionally and in substance. The autonomous legal orders do not exist separately from each other. As the Polish Constitutional Court rightly stresses, ‘the existence of the relative autonomy of both, national and Community, legal orders in no way signifies an absence of interaction between them’⁽²²⁾. The Union could not function without the democratic systems and processes at the national level both, for making European elections meaningful, and for ensuring democratic legitimacy and accountability of the national governments represented in the Council as well as of the members of the ECJ and other institutions. The Union also needs functioning administrations and judicial systems at the national level, based upon the rule of law, for the implementation of Union law generally left to the national authorities.

62

Consequently, the system is based upon mutual openness and respect, as well as a continuous dialogue regarding the substance of the law and the policies of the Union. Mattias Wendel calls this permeability⁽²³⁾. That is what the integration clauses of the national constitutions as well as EU Treaties’ provisions provide for⁽²⁴⁾. Due to the reference to ‘the law’ in Article 19(1) TEU and to the general principles of law in Article 6(3) TEU, legal concepts and fundamental principles of national legal orders are integrated in the EU’s legal order. More generally, the reference to common values in Article 2 TEU, to national identities and cooperation in Article 4(2) and (3) TEU and also the sanction-mechanism under Article 7 TEU witness that the fundamental principles are binding national and Union law together, not only as facts but with normative value at both levels.

Each legal order in the European Union, thus, is not independent from its respective legal environment. EU law, autonomous as it is, takes account

⁽²²⁾ Polish Constitutional Tribunal Judgment of 11 May 2005, K 18/04, principal reasons (EN summary), paragraph 12.

⁽²³⁾ Mattias Wendel, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, 2011, p. 5 et seq.

⁽²⁴⁾ For a thorough comparative analysis of the national integration clauses of 27 Member States see *ibid.*, p. 145-370.

of, and is construed with regard to, national legal concepts and traditions. National law, in turn, is supplemented by EU law and even ‘europeanised’ insofar as legal concepts and institutions migrate from Member States to the Union and back to the national legal orders. In some way we see the ‘principle of best practices’ as a driving force for innovation and also some convergence of the legal orders involved. One example is the principle of proportionality; it seems to have made its way from the German legal system to the EU and, through Union law back to the national law of the others⁽²⁵⁾. Another example are the principles of access to information and transparency: they came from the Scandinavian traditions, found acceptance in European environmental law applied by the European institutions and are progressively applied also in the national legal orders Union-wide⁽²⁶⁾.

d. ‘Embedded autonomy’ and multilevel constitutionalism

Autonomy of the EU legal order has to be understood as an ‘embedded autonomy’; this qualification corresponds to an understanding of the EU and each of the national legal orders as forming one composed constitutional system, which is established by the citizens of the Union according to the principles of multilevel constitutionalism⁽²⁷⁾.

The American and the Chinese legal orders are autonomous to each other. There is no legal constraint for them to interact. In contrast, the EU and the national legal orders are constituted by, and they affect in each instance, the same individuals, be it as national or as Union citizens: They are made to interact for their citizens’ benefit. The term ‘responsive legal pluralism’, introduced by Lars Viellechner in the broader context of the global system⁽²⁸⁾, may best describe the idea: each national legal order is embedded in a greater legal

⁽²⁵⁾ See Pache, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften*, NVwZ 1999, p. 1033 et seq.; see also Jürgen Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, 2nd ed. (Nomos, Baden-Baden 2005), p. 664 et seq, especially as regards the Italian constitutional law, *ibid.*, p. 675 et seq. and the Irish constitutional law *ibid.*, p. 681 et seq.

⁽²⁶⁾ With an overview: Ingolf Pernice, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Transparenz staatlichen Handelns*, in: Alexander Dix/Gregor Franßen/Michael Kloepfer/Peter Schaar/Friedrich Schoch (eds.), *Informationsfreiheit und Informationsrecht. Jahrbuch 2013* (lexxion, Berlin 2014), forthcoming.

⁽²⁷⁾ See *supra* notes 12 and 15.

⁽²⁸⁾ Lars Viellechner, *Responsiver Pluralismus. Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts*, in: 51 *Der Staat* (2012), p. 559.

environment established by the citizens of the Union, and vice versa. This implies mutual respect for the EU and the national legal orders as required by Article 4(3) TEU. The regard to be given to the other legal orders respectively is for each legal order an element of its autonomous self-conception as a complementary component in one composed constitutional system.

The Union's constitutional setting is a compound, embracing and based upon the constitutions of its Member States. The European Treaties add to them a supplementary level of action by establishing powers to make policies possible for objectives, which are beyond the reach of national sovereignty⁽²⁹⁾. Autonomy of the EU legal order in this compound is an important tool to ensure the functioning of the system; this function, in turn, is what qualifies it as 'embedded autonomy'. For the application and interpretation of European law always needs to take into account the constitutional context.

e. Common responsibility of courts and the judicial dialogue

64

From the perspective of the citizens, European and national institutions bear a common responsibility for the effective functioning of the Union and are bound to avoid constitutional conflicts or settle them through the existing system of judicial dialogue.

If both, national constitutions and the constitution of the European Union, are, ultimately, as explained by the underlying concept of multilevel constitutionalism⁽³⁰⁾, established by, and a matter of, the citizens, there is no room, in the composed constitution of the EU, for competition among courts claiming autonomy. Instead, Articles 4(3) TEU and 267 TFEU make clear, that cooperation in the spirit of mutual respect and assistance is required as a normative condition making the system a compound on the basis of 'embedded

⁽²⁹⁾ Ingolf Pernice, *Multilevel Constitutionalism in Action*, 15 Columbia Law Journal (2009) 3, p. 349, 374 et seq. WHI-Paper 02/09.

⁽³⁰⁾ Supra notes 12 and 29; for further developments towards a 'multilevel constitutionalism *senso lato*' see: Neil Walker, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, in LSE's Europe in Question' Discussion Paper Series No 08/2009, also in: Kaarlo Tuori and Suvi Sankari (eds.), *The Many Constitutions of Europe* (2010) p. 143. Critical: René Barents, *The Fallacy of European Multilevel Constitutionalism*, in: Matej Avbelj and Jan Komárek (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, 2012, p. 153; see also: Matthias Jestaedt, *Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation*, in: Christian Callies (ed.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht, 2007, p. 93.

autonomies': There is no final arbiter, as Barents stresses ⁽³¹⁾, but there is a common responsibility vis-à-vis the citizen. Taking the citizens seriously in the EU means taking seriously this specific responsibility for all actors involved.

Issues of fundamental rights, competence and national identity would, therefore, be brought to the ECJ by the national courts to give it the opportunity to take and argue its position, considering carefully the constitutional concerns of the case as explained by the national court. National authorities and courts may then not be inclined to accept and follow the ruling given by the ECJ, like in the case of the Czech Constitutional Court. It would be for the Commission, at this stage, to consider opening an infringement procedure, if it finds politically worth it to do so. Finally, after intense exchange of arguments, the ECJ might be given another opportunity to take a position etc. If all participants in the dialogue remain aware of their common responsibility for the citizens of the Union, loyal to ensure that the system produces an acceptable final decision in the given case, from the drafting of the legal act up to the point, eventually, of an infringement procedure, only a few cases will arrive at this stage, and there is no reason to fear a real threat to legal certainty within the Union. The remaining risk of a Union act not finding recognition in a Member State is the more negligible the more the institutions in charge become aware of their respective responsibilities.

This risk is far from threatening the autonomy of the EU legal order to a considerable degree. That national courts participate in the task of ensuring that 'the law' is observed and, in flagrant instances, may even revolt as last resort, compels the European judges to be careful in considering their concerns. If this is the price for a pluralist system accepting the autonomy of the EU and the national legal orders in a composed constitutional system, where judges struggle for the better law in the interest of the individual, it is not high compared to the problems of acceptance of any hierarchical approach in this new kind of legal compound, which is different from federal – and even more so – from centralised states.

2. AUTONOMY OF THE EU LEGAL ORDER AND INTERNATIONAL LAW

In Opinion 1/91 *EEA I* the Court not only stressed the constitutional character of the EEC-Treaty to distinguish it categorically from international

⁽³¹⁾ Barents, *Autonomy* (note 9) p. 300.

law and, thus, reject the internationalist approach, but it also referred to it with a view to defend the autonomy of the EU legal order. It was the special EEA-Court to be created by the EEA-Agreement, the function of which would have been, the Court says, ‘to rule on the respective competences of the Community and the Member States as regards the matters governed by the provisions of the agreement’. It argues that this arrangement is not in compliance with the Treaty,

‘since it is likely adversely to affect the allocation of responsibilities defined in the Treaties and the autonomy of the Community legal order, respect for which must be assured exclusively by the Court of Justice pursuant to Article 164 of the EEC Treaty’⁽³²⁾.

Autonomy is employed here for protecting the integrity of the legal system established by the Treaties against intrusion from provisions of international agreements.

As can be seen also from the judgment in the subsequent Case C-459/03 *MOX plant*⁽³³⁾, the autonomy argument is used in defence primarily of the function of the ECJ against intrusion from courts established under international agreements. After an amendment of the EEA Treaty for protecting the exclusive authority of the Court to interpret Community law and for ensuring that the binding nature of its case-law is not affected the Court accepted in Opinion 1/92 *EEA II* that having included an ‘essential safeguard indispensable for the autonomy of the Community legal order’ the EEA-Agreement was in conformity with the Treaty⁽³⁴⁾.

In a more general way the Court was anxious to exclude that provisions and institutional arrangements in an international agreement of the Community with third states ensuring a uniform interpretation of rules of Community law, ‘affect the autonomy of the Community legal order’, in its Opinion 1/00 *ECAA*. The Court summarized the conditions to be met as follows:

‘the agreement must make it possible to anticipate and prevent any such undermining of the objective enshrined in Article 220 EC that Community law should be interpreted uniformly and of the Court’s

⁽³²⁾ Ibid., paragraph 2.

⁽³³⁾ ECJ Case C-459/03 *Commission v Ireland* [2006] ECR I-4635, paragraphs 123-157.

⁽³⁴⁾ ECJ Opinion 1/92 *EEA II* [1992] ECR I-2821, summary.

function of reviewing the legality of the acts of the Community institutions (see, to that effect, Opinion 1/91, paragraphs 41 to 46)...’

‘12 Preservation of the autonomy of the Community legal order requires therefore, first, that the essential character of the powers of the Community and its institutions as conceived in the Treaty remain unaltered (Opinion 1/91, paragraphs 61 to 65, and 1/92, paragraphs 32 and 41).’

‘13 Second, it requires that the procedures for ensuring uniform interpretation of the rules of the ECAA Agreement and for resolving disputes will not have the effect of binding the Community and its institutions, in the exercise of their internal powers, to a particular interpretation of the rules of Community law referred to in that agreement (Opinions 1/91 and 1/92)’⁽³⁵⁾.

None of the provisions of the Agreement on the European Common Aviation Area, however, was found to either affect the Commissions’ powers in the field of competition law, or to call into question the ‘Court’s exclusive task of reviewing the legality of acts of the Community institutions, whether the latter are acting under the Treaty or under another international instrument, conferred on it by inter alia Articles 230 EC and 234 EC’⁽³⁶⁾. Also regarding the ‘mechanisms in the proposed agreement for ensuring the uniform interpretation of the rules of the ECAA Agreement and the resolution of disputes’ the Court found that they have no binding effect for the Community and its institutions in a manner to ‘affect the autonomy of the Community legal order’⁽³⁷⁾.

A more recent case where the Court defended the autonomy of the EU legal order against threats resulting from the creation of a new court by international law was Opinion 1/09: Here, the Court declared the draft agreement on the European and Community Patents Court to be incompatible with the Treaties⁽³⁸⁾. The Court reiterated the key sections of Opinion 1/00, summarising that an international agreement may affect the Court’s own powers

⁽³⁵⁾ ECJ Opinion 1/00 *ECAA* [2002] ECR I-3493, paragraphs 11-13.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, paragraphs 23-26.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, paragraphs 27-46.

⁽³⁸⁾ ECJ Opinion 1/09 *European and Community Patents Court*, paragraphs 65-89.

‘provided that the indispensable conditions for safeguarding the essential character of those powers are satisfied and, consequently, there is no adverse effect on the autonomy of the European Union legal order’.

The Court took the view that this condition was not fulfilled by the draft agreement, given that the latter provided an exclusive jurisdiction to interpret and apply European Union law in the field of Community patent law and would, according to the Court,

‘deprive courts of Member States of their powers in relation to the interpretation and application of European Union law and the Court of its powers to reply, by preliminary ruling, to questions referred by those courts and, consequently, would alter the essential character of the powers which the Treaties confer on the institutions of the European Union and on the Member States and which are indispensable to the preservation of the very nature of European Union law’⁽³⁹⁾.

Autonomy, thus, requires institutional or functional devices for protecting ‘the essential character of the powers of the Community and its institutions’, but it also regards the substance of the EU legal order. This was the subject of the famous Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat*, where the Court equates autonomy with the ‘allocation of powers fixed by the Treaties’⁽⁴⁰⁾. It refers to the binding character of the fundamental rights, which, according to its settled case-law, ‘form an integral part of the general principles of law whose observance the Court ensures’. The conclusion is

‘that the obligations imposed by an international agreement cannot have the effect of prejudicing the constitutional principles of the EC Treaty, which include the principle that all Community acts must respect fundamental rights, that respect constituting a condition of their lawfulness which it is for the Court to review in the framework of the complete system of legal remedies established by the Treaty’⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Ibid., paragraph 89.

⁽⁴⁰⁾ ECJ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat* [2008] ECR I-6351, paragraph 282, with reference to its former case-law stating ‘that an international agreement cannot affect the allocation of powers fixed by the Treaties or, consequently, the autonomy of the Community legal system’.

⁽⁴¹⁾ Ibid., paragraphs 283-285.

Though obligations under international law are binding for the EU and may even be given precedence over secondary law ⁽⁴²⁾, the Court makes clear that the autonomy and the constitutional principles of the EU legal system exclude any immunity of acts of the Union giving effect to Resolutions of the UN Security Council from judicial review under EU law order with regard to the constitutional principles of the Union as now laid down in Article 2 TEU, for ‘such review is a constitutional guarantee forming part of the very foundations of the Community’ ⁽⁴³⁾. The explanation given in paragraphs 316 and 317 of the judgment again refer to the autonomy:

‘316 ...the review by the Court of the validity of any Community measure in the light of fundamental rights must be considered to be the expression, in a community based on the rule of law, of a constitutional guarantee stemming from the EC Treaty as an autonomous legal system which is not to be prejudiced by an international agreement.

317 The question of the Court’s jurisdiction arises in the context of the internal and autonomous legal order of the Community, within whose ambit the contested regulation falls and in which the Court has jurisdiction to review the validity of Community measures in the light of fundamental rights.’

While the EU recognises the ‘primacy’ of the relevant Resolution in international law, this does not imply primacy under Union law: It is a ‘primacy at the level of international law’, a principle regarding the obligations under the Charter of the United Nations ⁽⁴⁴⁾. That the EU is bound by Resolutions of the UN Security Council seems to be generally accepted, though the EU is not party to the UN Charter ⁽⁴⁵⁾. But the autonomy-claim made by the ECJ not only distinguishes the EU legal order from international law – like it did earlier regarding national law, but also stresses the independent responsibilities of the EU institutions and, in particular of the ECJ, for ensuring the respect of ‘the law’ as required under Article 19(1) TEU.

⁽⁴²⁾ See ECJ Case C-308/06 *Intertanko*, paragraphs 42-44, 51.

⁽⁴³⁾ *Ibid.*, paragraph 290.

⁽⁴⁴⁾ *Ibid.*, paragraphs 288, 300.

⁽⁴⁵⁾ Article 21(1) TEU, however, refers among the principles to be respected by the Union to ‘the principles of the United Nations Charter and international law’; similarly: Article 3(5) TEU and Declaration No 13 to the Treaty of Lisbon.

In some way, thus, the autonomy of the EU legal order is also an embedded one with regard to international law; the so far final decision in the *Kadi*-story, however, leaves the impression that the spirit of cooperation suggested by the Advocate General Bot ⁽⁴⁶⁾ did not discourage the Court to undertake a thorough review of the procedures applied to the applicant and, finally, to maintain the General Courts' decision to annul the regulation implementing the decisions of the UN Security Council's Sanction Committee ⁽⁴⁷⁾.

3. PRACTICAL ISSUES OF AUTONOMY

The autonomy of the EU's legal order is presently at stake in at least three instances to be discussed hereafter: The accession of the EU to the ECHR (infra 1.), the application of arbitration clauses in bilateral investment treaties (infra 2.) and the case pending before GFCC regarding the OMT-programme of the ECB (infra 3.).

1. ACCESSION OF THE EU TO THE ECHR

Article 6(2) TEU provides for the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). The draft agreement on the accession was finalized on 5 April 2013, an opinion of the ECJ on it is announced ⁽⁴⁸⁾. To be a contracting party to the Convention means for the EU that upon complaint by an individual or a state party to the Convention the European Court of Human Rights (ECtHR) would have the power to review the compatibility of any legal act of the Union with the human rights guaranteed in the Convention (Article 34 ECHR). Given the jurisprudence of the ECJ regarding the autonomy of the EU legal order vis-à-vis international Treaties ⁽⁴⁹⁾ the question is whether this amounts to be a challenge to the autonomy of the EU legal order ⁽⁵⁰⁾. Though

⁽⁴⁶⁾ Advocate General Yves Bot in Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P *Commission and Others v Kadi*, paragraphs 44 et seq., 65-110, suggesting 'to develop cooperation between the Union and the United Nations in the area in question' (ibid., paragraph 76).

⁽⁴⁷⁾ ECJ Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P *Kadi II*, judgment of 18 July 2013.

⁽⁴⁸⁾ See Council of Europe, *Milestone reached in negotiations on accession of EU to the European Convention on Human Rights*, Press release – DC041(2013).

⁽⁴⁹⁾ See supra II.2.

⁽⁵⁰⁾ For an analysis see Lock, *Walking on a Tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, CML Rev. 2011, 1025–1054. Sceptic also: Noreen

the obligation to accede the ECHR in Article 6(2) TEU could be understood to modify the principle of autonomy insofar as the autonomy is limited and may not be put forward against judgments of the ECtHR at all, Article 2 of Protocol No 8 to the Lisbon Treaty stating that the accession agreement ‘shall not affect the competences of the Union or the powers of its institutions’ seems to preserve the current status of the EU and its law to the greatest possible extent. This provision can indeed be understood as a ‘reference to the preservation of the autonomy of EU law’⁽⁵¹⁾.

According to the jurisprudence of the ECJ referred to above, in general, agreements are not acceptable if they are ‘likely adversely to affect the allocation of responsibilities defined in the Treaties and the autonomy of the Community legal order, respect for which must be assured exclusively by the Court of Justice pursuant to Article 164 of the EEC Treaty (sc. Article 19(1) TEU’⁽⁵²⁾). Provision must therefore be made for ensuring that the objective enshrined in Article 19 TEU (Community law is to be interpreted uniformly), that the Court’s function of reviewing the legality of the acts of the Community institutions is not questioned and that the essential character of the powers of the Community and its institutions as conceived in the Treaty remain unaltered⁽⁵³⁾. In particular,

- Procedures for ensuring uniform interpretation of the rules of an international agreement and for resolving disputes shall not have the effect of binding the Union and its institutions, in the exercise of their internal powers, to a particular interpretation of the rules of Union law referred to in that agreement⁽⁵⁴⁾.
- An international agreement cannot affect the allocation of responsibilities defined in the Treaties and, consequently, the autonomy of the

O’Meara, *A More Secure Europe of rights?, The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU*, *Accession to the ECHR*, 12 *German Law Journal* (2011), p. 1813, 1827.

⁽⁵¹⁾ Lock (note 50), p. 1033. This understanding can be based upon ECJ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* [2008] ECR I-6351, paragraph 282, with reference to its former case-law, stating that ‘an international agreement cannot affect the allocation of powers fixed by the Treaties or, consequently, the autonomy of the Community legal system’.

⁽⁵²⁾ ECJ Opinion 1/91 *EEA* [1991] ECR I-6079, summary, paragraph 2.

⁽⁵³⁾ ECJ Opinion 1/91 *EEA* [1991] ECR I-6079, paragraphs 41-46; ECR Opinion 1/00 *ECAA* [2002] ECR I-3493, paragraphs 11-12.

⁽⁵⁴⁾ ECJ Opinion 1/00 *ECAA* [2002] ECR I-3493, paragraph 13.

Community legal system, compliance with which the Court ensures under Article 19(1) TEU. That exclusive jurisdiction of the Court is confirmed by Article 344 TFEU and applies to agreements concluded within the competences of the Union ⁽⁵⁵⁾.

- The powers of a court established by an international treaty to which the EU is a contracting party may not in any way restrict the powers of national courts and the ECJ to determine, in a dialogue under Article 267 TFEU the interpretation and application of provisions of European law ⁽⁵⁶⁾.
- International law may not affect the jurisdiction the Court has to review the validity of Community measures in the light of fundamental rights ⁽⁵⁷⁾.

The mere fact that the EU will be bound, as a contracting party, to the human rights guaranteed in the ECHR is not in conflict with any of these principles. Nor can the power of the ECtHR to review measures taken by the European Union and to judge upon their compliance with these human rights be understood as undermining the powers of the institutions of the Union. Article 6(3) TEU clearly states that the fundamental rights as guaranteed by the ECHR constitute general principles of the Union's law, thus, they are binding upon the institutions in any event. This is confirmed by Articles 52(3) and 53 of the Charter of Fundamental Rights (ChFR) regarding the interpretation and the level of protection provided by the ECHR.

Even if fundamental rights are understood as 'negative norms of competence', so limiting or even denying powers the institutions are generally conferred to, with regard to the sphere of individual rights and freedoms ⁽⁵⁸⁾, the accession to the Convention by the European Union would not add any

⁽⁵⁵⁾ ECJ Case C-459/03 *MOX plant* [2006] ECR I-4635, paragraphs 123 et seq.

⁽⁵⁶⁾ ECJ Opinion 1/09 *European and Community Patents Court*, paragraphs 65-89.

⁽⁵⁷⁾ ECJ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* [2008] ECR I-6351, paragraphs 283-285, 316 and 317. See also ECJ Opinion 1/00 *ECAA* [2002] ECR I-3493, paragraphs 23-26.

⁽⁵⁸⁾ For the construction of fundamental rights as *negative Kompetenznormen*, see Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20th ed. (CF Müller, Heidelberg 1999) 128; see also Franz Mayer, *Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte*, 61 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 577, 583-84 (2001) (with more references); Ingolf Pernice, *Europäische Grundrechte-Charta und Abgrenzung der Kompetenzen*, 12 *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 673 (2001).

new restrictions or limits to those imposed to the institutions already by the Treaties and the Charter. It remains within the power of the ECJ to ensure that the allocation of powers set out in the Treaties is respected and that European law is applied uniformly throughout the Union. Its exclusive task to decide on the validity of European law is not affected, as are its prerogatives and the national courts powers under Article 267 TFEU. Indeed, as can be seen from the wording of Article 46 ECHR, the ECtHR will have no right to declare EU-law invalid⁽⁵⁹⁾.

The ECHR, like any other international agreement within the competences of the Union to which the EU is a contracting party, are binding upon the EU and its Member States (Article 216(2) TFEU) and its provisions become an integral part of European law⁽⁶⁰⁾. It would be the prerogative, thus, of the ECJ to give it the appropriate interpretation and application in any case of dispute among parties within the EU. This exclusive jurisdiction is confirmed as regards Member States by Article 344 TFEU, as the ECJ stated in case C-459/03, *MOX plant*⁽⁶¹⁾. According to this provision Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation and application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein. As the jurisdiction of the ECtHR, however, is subsidiary and any other domestic remedy must be exhausted before an application is admissible (Article 35 ECHR), the autonomy of the EU legal order is not in question. Even for inter-state cases between EU Member States the principles established by the judgment in *MOX plant* should apply to the effect that the ECJ has jurisdiction as a ‘domestic’ court before the case may be referred to the ECHR. Its competence does not affect that of the ECJ, it must be regarded as a supplementary instrument, as Article 6(2) TEU suggests, for the protection of human rights in Europe. The same is true in case if the ruling of *MOX plant* was applied similarly to individual applications to the ECtHR.

A question seems to arise, however, regarding the binding nature of rulings of the ECtHR under Article 46 ECHR with regard to provisions of the Convention similar to those guaranteed by Union law. What the jurisprudence of the ECJ seems to expressly exclude (*supra*, lit. a.), appears to be in contradiction to this fundamental provision of the ECHR. The solution, however, can be found in Article 52(3) ChFR and in Article 6(2) TEU. The former provides

⁽⁵⁹⁾ See also Lock (note 50), p. 1036.

⁽⁶⁰⁾ ECJ Case 181/73 *Haegemann* [1973] ECR 449, paragraph 5.

⁽⁶¹⁾ ECJ Case C-459/03 *MOX plant* [2006] ECR I-4635, paragraph 123 et seq.

for the binding effect of the meaning, in such cases, of the rights under the ECHR. The latter – in conjunction with Article 216(2) TFEU – exactly aims at giving the ECHR and, with it, the judgements of the ECtHR the binding effect necessary to make the accession to the Convention meaningful. The practice of ‘parallel interpretation’ envisaged in the Joint Communication of Justices Costa and Skouris of 17 January 2011 ⁽⁶²⁾ may be an instrument to ensure the coherence needed ⁽⁶³⁾. Furthermore, the co-respondent mechanism will be an important tool for ensuring coherence ⁽⁶⁴⁾, as well as the prior involvement procedure, giving the ECJ an opportunity to assess the compatibility with the human rights at issue of the provision of EU law at stake (Article 3(6) of the Draft Accession Agreement) ⁽⁶⁵⁾.

Another issue could be seen in the fact that the ECtHR must necessarily understand the legal act of the EU under review, and therefore give it an interpretation, for assessing its compliance with the human rights of the Convention. Whatever this interpretation may be, however, it is not binding for the European institutions. Only the judgment of the ECtHR and the interpretation of the relevant human right under the Convention are binding under Article 46 ECHR. Where the Court states a violation of a human right by a legal act of the EU, the obligation of the EU would be limited to remedy this violation by, either, abolishing this act or by giving it an interpretation which is in compliance with the human right in question.

⁽⁶²⁾ Joint Communication of Justices Costa and Skouris, 17 January 2011, available at: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf.

⁽⁶³⁾ See also O’Meara (note 50), 1819.

⁽⁶⁴⁾ The wording of the co-respondent mechanism (Article 6(2) and (3) of the draft accession agreement) has been framed in a rather abstract way (‘calls into question the compatibility...’) and combined with a test of plausibility according to which the ECtHR limits itself to assessing whether it is plausible that the conditions in Article 6(2) or (3) are met (Article 6(5) of the Draft Accession Agreement). This arrangement is to prevent that the ECtHR can decide implicitly on the internal distribution of competencies between the EU and its Member States and thus interferes with the autonomy of the EU’s legal order.

⁽⁶⁵⁾ Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Annex 1 to the Final Report to the CDDH, 5 April 2013, available at: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1_%282013_%29008rev2_EN.pdf.

2. ARBITRATION CLAUSES IN BILATERAL INVESTMENT AGREEMENTS

In recent times, investor-state arbitration clauses in so-called bilateral investment treaties of the Member States with other Member States (so-called intra-EU BITs) ⁽⁶⁶⁾ and between Member States and third countries (third-country BITs) ⁽⁶⁷⁾ are broadly discussed in terms of their compatibility with EU law. In particular it is questioned whether they are reconcilable with the prerogatives of the ECJ and, thus, the autonomy of the European legal order. In a recent staff working paper the Commission summarizes the concerns as follows:

‘Such agreements clearly lead to discrimination between EU investors and are incompatible with EU law. In particular, most Intra-EU BITs provide for the possibility of investor-to-State arbitration procedures of a binding character, which is not subject to review by the CJEU on issues of interpretation of EU law. This form of international arbitration is incompatible with the exclusive competence of EU courts to rule on the rights and obligations of Member States under EU law. In contrast to national courts, arbitral tribunals are not bound to respect the primacy of EU law and, in case of doubt, are neither required nor in a position to refer questions to the CJEU for a preliminary ruling. In any case, such investor-to-State arbitration is very costly and thus not easily accessible to SMEs’ ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ For a the discussion see: Claus Dieter Classen, *Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen*, *Europarecht* (2012) 611; Steffen Hindelang, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU’s Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, 39 *Legal Issues of Economic Integration* (2012) 179 et seq.; focussing more the intra-EU-BITs: Konstanze v. Papp, *Clash of ‘autonomous legal orders’: Can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ*, 2013 *Common Market Law Review*, 1039-1081, with some references also to new EU-agreements *ibid.*, paragraph 9, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267045.

⁽⁶⁷⁾ Steffen Hindelang, *Member State BITs — There’s Still (Some) Life in the Old Dog Yet — Incompatibility of Existing Member State BITs with EU Law and Possible Remedies*, in: Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011* (Oxford University Press, 2011) 217 et seq., 238.

⁽⁶⁸⁾ Commission Staff Working Document on the free movement of capital in the EU, SWD (2013) 146 final, p. 11, at: http://ec.europa.eu/internal_market/capital/docs/reports/130415_market-monitoring-working-document_en.pdf.

The conditions and limits posed specifically to the EU with a view to the concept of autonomy of EU law, to subjecting itself to the current model of investor-State arbitration in comprehensive free trade agreements currently negotiated with the USA⁽⁶⁹⁾, Canada, Singapore, and India⁽⁷⁰⁾, however, have received little attention so far⁽⁷¹⁾. Like in the existing agreements between Member States or of Member States with third countries questions on the treatment of investors, such as regarding the application of European state aid law, by national authorities may arise and be decided under the applicable dispute resolution rules by arbitration tribunals giving awards to be enforced worldwide, without the ECJ having an opportunity to give a ruling on the interpretation of the EU law at stake. The very purpose of these arbitration procedures established by international agreements is exactly to detract disputes from the normal jurisdiction of the contracting parties, for national courts are suspected to be biased and not to provide for foreign investors impartial legal protection. In the case of the EU or its Member States such disputes may include, however, the application and interpretation of Union law⁽⁷²⁾. If arbitration tribunals do not avoid or forget dealing with them at all, there is a risk that they give provisions of Union law a final and binding interpretation, which is contrary to the jurisprudence of the ECJ. In any case, the ECJ is excluded from exercising the function normally reserved to it under the Treaties. At least indirectly, this would encroach upon the prerogatives of the ECJ as spelled out in the Courts Opinion 1/91 on the EEA, reminding that:

⁽⁶⁹⁾ First published documents: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=943>.

⁽⁷⁰⁾ The purported text of the negotiating directives has been made public by a NGO, cf. Seattle to Brussels Network, Text of the Mandates, available at <http://www.s2bnetwork.org/themes/eu-investment-policy/eu-documents/text-of-the-mandates.html>, last visited 30.7.2013

⁽⁷¹⁾ See however Steffen Hindelang, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU Abkommen, in: Marc Bungenberg / Christoph Herrmann (eds.), Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union 'nach Lissabon' (Nomos Baden-Baden, 2011) p. 157 et seq. also available as WHI Paper 01/11, http://www.whi-berlin.eu/tl_files/documents/whi-paper0111.pdf; idem, The Autonomy of the European Legal Order – EU Constitutional Limits to Investor-State Arbitration on the Basis of Future EU Investment-related Agreements, in: Marc Bungenberg und Christoph Herrmann (eds.), Common Commercial Policy after Lisbon, Special Issue to the European Yearbook of International Economic Law, Springer, Heidelberg 2013) p. 187 et seq.

⁽⁷²⁾ There are good reasons to assume therefore, that intra-EU investment agreements are unacceptable and, in the light of Article 344 TFEU also violating EU law. This is what v. Papp (note 66), paragraph 6.1, seems to argue. Contrary to what she seems to suggest, the mere fact that in a concrete case the dispute is carried out between a private investor and a state does not exclude the application of Article 344 TFEU, since it would be the agreement between Member States which substitute normal courts including the ECJ by arbitration.

‘Under Article 87 of the ECSC Treaty and Article 219 of the EEC Treaty (sc.: Article 344 TFEU), the Member States have undertaken not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the treaties to any method of settlement other than those provided for in therein’⁽⁷³⁾.

There are reasons to assume that this is to protect the ECJ and, with it, to ensure the uniform application of Union law. The ruling therefore applies to the EU as well as to arrangements among Member States and those with third countries.

While there may be no formal or explicit legal mechanisms in investor-State arbitration clauses the agreements referred to with the effect to oblige the ECJ to align its interpretation of EU law to that of a court or tribunal established on the basis of such EU agreement, problems regarding the autonomy of the EU legal order due to the jurisdiction of investor-State arbitral tribunals might arise even under the EU free trade and investment agreements to come. An example given by Steffen Hindelang seems to be telling: assume that an investment tribunal established on the basis of an EU investment-related agreement rules that the recovery of a State aid granted by a Member State, for the action of which the EU would be accountable vis-à-vis the country where the investor is from⁽⁷⁴⁾, violated material standards contained in the aforesaid agreement and therefore awarded the investor damages to the amount of the state aid or even higher. If that very same state aid, however, was declared contrary to EU law and – the ECJ striking a different balance between legality and legitimate expectations of an investor⁽⁷⁵⁾, – the Member State was compelled to recover it from the investor, the question is which law prevails. If the EU were to comply with the award it would place the investor in the same position as before the recovery of the state aid. This would be contrary to the provisions of Articles 107 and 108 TFEU. Compliance with the award of the investment tribunal, thus, would amount to a selective non-application of EU State aid law with the consequence that competition on the EU Internal

⁽⁷³⁾ ECJ Opinion 1/91 EEA [1991] ECR I-6079, summary, paragraph 2, sentence 4.

⁽⁷⁴⁾ Member States are not party to this agreement. The act of the Member State would be attributable to the EU. Cf. on the question of attribution Hoffmeister, *Litigating against the European Union and Its Member States – Who Responds under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organisations?*, EJIL 21 (2010), p. 723; Paasivirta/Kuijper, *Does one Size fit all?: The European Community and the Responsibility of International Organisations*, NYIL XXXVI (2005), p. 169

⁽⁷⁵⁾ See e.g. ECJ Case C-24/95 *Alcan* [1997] ECR I-1591, especially guiding principle 2.

Market could severely be distorted⁽⁷⁶⁾. As it is difficult to accept that these are ‘exceptional circumstances’ justifying a derogation to be given by the Council under Article 108(2) subparagraph 3 TFEU, namely with a view to said distortions, not only the prerogatives of the ECJ but also the uniform application of substantive Union law and, thus, the autonomy of the EU legal order seems to be at stake. While no legal mechanism binding the ECJ to the interpretation of a court or tribunal established by an international agreement on a factual level may be established, the EU might, finally, have no choice other than to adapt its interpretation of EU law to the ruling of the aforesaid court or tribunal if it does not want to face several more investment arbitrations and a ‘patchwork rug’ of factual disapplication of EU State aid law⁽⁷⁷⁾.

The situation in such circumstances seems to be somewhat more complicated than discussed by Classen, who concludes on the compatibility of arbitrations clauses in investment agreements for their very concept is to find a fair alternative to – and therefore exception from – the prerogatives of national jurisdictions of states party to such agreements for a legitimate purpose⁽⁷⁸⁾.

Not only the function of the ECJ is in question, but also the coherence and uniformity of the application of Union law. To include into investment agreements of the EU an obligation of the arbitration tribunal in charge to refer questions of Union law to the ECJ under Article 267 TFEU would not only require a broad interpretation of the term ‘court or tribunal of a Member State’ in this provision⁽⁷⁹⁾, but also be difficult to reconcile with the very concept

⁽⁷⁶⁾ This could even prompt attempts to make sure that State aid to be granted by Member States, but which for whatever reason cannot be paid out due to EU law restrictions, could be implemented via the back-door of investment arbitration.

⁽⁷⁷⁾ See Hindelang, *Autonomy* (note 71), p. 187 et seq.

⁽⁷⁸⁾ Claassen (note 66), p. 622-628.

⁽⁷⁹⁾ Such interpretation does not seem excluded, as the tribunal is established by states or the EU and may be constructed so that the jurisdiction is permanent and compulsory, established by law and independent, deciding according to law, with a procedure *inter partes* and that the awards are enforceable and states might be called to intervene. For the conditions to be met, see ECJ cCase 102/81 *Nordsee* [1982] ECR 1095, paragraphs 10-12; Case 109/88 *Danfoss* [1989] ECR 3199, paragraphs 7-9; Case C-126/97 *Eco Swiss* [1999] ECR I-3055, paragraph 34; Case C-125/04 *Denuit and Cordenier* [2005] ECR I-923, paragraphs 13, 16; Case C-196/09 *Miles* [2011] ECR I-5105, paragraph 42 (complaints board of European Schools established by the Member States by an international agreement). For the discussion, with an open view see v. Papp (note 66), paragraph 8.1.

and purpose of such arbitration clauses ⁽⁸⁰⁾. With a view to the principle of autonomy of the EU legal order, however, such clauses and an opening of the EU law regarding Article 267 TFEU seem to be a condition for compliance of investment agreements with the Treaties.

3. THE ECB-PROGRAM ON OMT AND THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT

Fifty years after *Van Gend* one of the greatest threats to the autonomy of the European legal order might still be pending in Karlsruhe ⁽⁸¹⁾: Scrutinizing the ECB's announcement of potentially unlimited future Outright Monetary Transactions (OMT) at the secondary market could well represent a violation of the autonomy of the EU legal order and the duties of Germany under Article 4(3) TEU. To be sure: a formal decision has been taken by the ECB only on some technical features of the program ⁽⁸²⁾, but no purchase has been effectuated so far; so the first question would be that of the very subject of the application. As it is directed against a simple announcement, the application should be dismissed from the outset and the case closed. The function of the announcement, furthermore, was to stop speculation of the markets against any limit set to the any purchase of bonds by the ECB. This has worked, and its imminent logic is that because of this effect the Program will not need to be implemented at all. Would the GFCC raise serious doubts about its legality, this would not only infringe the autonomy of the EU legal order but also compromise its 'effet utile': the markets would return to the crisis mode of the period preceding the announcement.

The Court has many good reasons to respect the division and the limits of the respective powers of the European and national courts under the Treaty, including the principle of loyal cooperation laid down in Article 4(3) TEU. Should it consider questioning the power of the ECB to do what it has announced, it would have to open the judicial dialogue by referring the case

⁽⁸⁰⁾ See also Classen (note 66), p. 622; the point is also recognised by v. Papp (note 66), paragraph 9.

⁽⁸¹⁾ For the background see Helmut Siekmann/Volker Wieland, *The European Central Banks' Outright Monetary Transactions and the Federal Constitutional Court of Germany*, Institute for Monetary and Financial Stability, Goethe-University Frankfurt, Paper Series No 71 (2013), available at: http://safe-frankfurt.de/uploads/media/Siekmann_Wieland_The_ECBS_OMT_and_the_FCC_of_Germany.pdf.

⁽⁸²⁾ ECB Press release 6 September 2012 – Technical features of Outright Monetary Transactions, available at: http://www.ecb.int/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html.

to the ECJ under Article 267 TEU first. Its doubts and reasons would be considered within the framework of this procedure by the institutions, by the national governments submitting their views to the ECJ, be discussed at a Courts' hearing, be considered by an Advocate General and, finally, have to be assessed by the Court, probably sitting as a plenary. It would require much effort, in reaction to the outcome of such a process, to argue contrary to what the judgment of the ECJ suggests ⁽⁸³⁾.

What is more likely, and how the public hearing at the court was perceived by some observers ⁽⁸⁴⁾, is that the GFCC finally declares the application inadmissible or, in avoiding a reference to the ECJ limits itself to providing guidance to the German Federal Bank as well as other authorities involved in the processes of decision-making of the ECB in a given case where a decision under the OMT-Program may be considered, with a view to preserving the stability of the Euro and the budgetary prerogatives of the German parliament.

4. CONCLUSIONS

80

Internal and external autonomy of the European legal order, fifty years after *Van Gend*, cannot be understood as absolute as it may have been conceptualised in the earlier jurisprudence of the ECJ. Challenges both, from the Member States' constitutions and constitutional courts and from international law must be taken into account. As the EU is consisting of constitutional states and embedded in an increasingly interdependent global system, the autonomy of its legal order must be understood as 'embedded autonomy' too. It must be open and accommodate, in order to be sustainable, to normative claims and limitations originating from national constitutions as well as from internationally recognised principles, in a spirit of cooperation and without, however, giving up the fundamental values referred to in Article 2 TEU and its special constitutional setting which it is bound to defend internally as much as in its external relations.

⁽⁸³⁾ The ECJ could particularly argue that indirect purchases of bonds are compatible with Article 123 TFEU under the double condition that EU Member States are incited to pursue a sound fiscal policy and that price stability is not jeopardised, see Daniel Thym/Mattias Wendel, *Préserver le respect du droit dans la crise*, Cahiers de droit européen (CDE) 2012, p. 733, 748 et seq.

⁽⁸⁴⁾ See e.g. Max Steinbeis' comments to the hearing, 'Die EZB vor dem Verfassungsgericht', Teil I, in Verfassungsblog on matters constitutional, 11 June 2013, at: <http://www.verfassungsblog.de/de/die-ebb-vor-dem-bundesverfassungsgericht-teil-1/#.Ufk9SFOzDhp>, and, in particular, idem, Teil II, available at <http://www.verfassungsblog.de/de/die-ebb-vor-dem-bundesverfassungsgericht-teil-2/#.Ufk4LFOzDhp>.

Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels

Fabrice Picod

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS 2 — PANTHÉON-ASSAS, CHAIRE JEAN MONNET

PRIS À LA LETTRE, L'ARTICLE 12 du traité CEE ne présentait pas les caractères d'une disposition qui crée des droits au profit des particuliers, en ce qu'il imposait aux États membres une obligation de s'abstenir, entre eux, de créer de nouvelles taxes ou d'en augmenter le taux.

81

On sait que la Cour de justice a considéré que *«le fait, par cet article, de désigner les États membres comme sujets de l'obligation de s'abstenir n'implique pas que leurs ressortissants ne puissent en être les bénéficiaires»*.

Prenant en considération le système des voies de droit, tel qu'il pouvait être appréhendé au vu du traité, dont les dispositions se limitaient à mettre en place un recours en manquement et un renvoi préjudiciel, elle a ajouté qu'*«une limitation aux seules procédures des articles 169 et 170 des garanties contre une violation de l'article 12 par les États membres supprimerait toute protection juridictionnelle directe des droits individuels de leurs ressortissants»* et a souligné que *«la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres»*.

Elle en a conclu que, «selon l'esprit, l'économie et le texte du traité, l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre **des droits individuels** que les juridictions internes doivent sauvegarder» ⁽¹⁾.

À la suite de cet arrêt, on pouvait légitimement se poser la question de savoir quelles dispositions du traité constitutif étaient de nature à engendrer des droits individuels au profit des particuliers ou des ressortissants des États membres, selon les expressions utilisées par la Cour de justice, voire au profit d'autres personnes, et si des dispositions d'autres sources du droit de l'Union étaient également de nature à créer des droits individuels.

On sait que la Cour de justice, interrogée par les juridictions nationales, allait reconnaître au profit des particuliers de semblables droits individuels, parfois qualifiés de «subjectifs», tirés de plusieurs dispositions des traités constitutifs, imposant des obligations de ne pas faire de manière claire, précise et inconditionnelle, selon les critères dits «de justiciabilité»: droit de se prévaloir d'une interdiction d'établir une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative ⁽²⁾, d'une interdiction de discrimination applicable aux impositions fiscales des marchandises ⁽³⁾, d'une interdiction d'établir des discriminations dans l'accès au séjour ⁽⁴⁾, d'une interdiction d'entraver la libre prestation des services ⁽⁵⁾, etc.

La Cour de justice a fait précisément référence aux droits que les ressortissants des États membres «tirent directement du traité» ⁽⁶⁾.

On sait également que de tels droits individuels pourront naître de règlements ⁽⁷⁾, compte tenu de la lettre de l'article 189 du traité CEE (devenu 288

⁽¹⁾ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 1, spécialement p. 24 et 25.

⁽²⁾ CJCE, 22 mars 1977, *Iannelli et Volpi*, aff. 74/76, Rec. p. 557, attendu 13.

⁽³⁾ CJCE, 16 juin 1966, *Lütticke*, aff. 57/65, Rec. p. 293, spécialement p. 302; CJCE, 14 avril 1968, *Fink Frucht*, aff. 27/67, Rec. p. 327, spécialement p. 342.

⁽⁴⁾ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, Rec. p. 1337, attendu 7.

⁽⁵⁾ CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, Rec. p. 1299, attendu 7.

⁽⁶⁾ Voir, par exemple, CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman e.a.*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4921, point 95.

⁽⁷⁾ CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, aff. 43/71, Rec. p. 1039, attendu 9; CJCE, 10 octobre 1973, *Variola*, aff. 34/73, Rec. p. 981, attendu 8.

traité FUE), mais aussi de décisions ⁽⁸⁾ et de directives ⁽⁹⁾, compte tenu de l'effet utile de ce type d'actes de droit dérivé. Les sources non écrites, telles que les principes généraux de droit, pourront faire naître de tels droits, particulièrement lorsqu'ils se rapportent à des droits fondamentaux. Désormais, la charte des droits fondamentaux, qui a acquis la valeur des traités constitutifs en vertu de l'article 6 du traité UE, confère des droits, suivant des conditions énoncées dans ses dispositions finales, que les juridictions nationales doivent également sauvegarder.

L'office du juge national a été précisé dans une jurisprudence constructive. Ainsi la Cour de justice précise-t-elle que les juridictions nationales compétentes sont tenues «*d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les **droits individuels** conférés par le droit communautaire*» ⁽¹⁰⁾.

Les particuliers se voient ainsi reconnaître la qualité de titulaires de très nombreux droits individuels, ce qui permet de les assimiler, selon une expression utilisée particulièrement par les «nouveaux théoriciens du droit», à des «créanciers». La reconnaissance d'une telle qualité nécessite de déterminer les personnes tenues au respect de tels droits individuels, autrement dit d'identifier les «débiteurs» de telles obligations, ce qui pourra être de nature à soulever des difficultés compte tenu de l'indétermination de certaines obligations.

Il apparaît en effet que les sujets de droit de l'Union européenne, particulièrement ceux qui sont titulaires de droits individuels, ne sont pas toujours aisément identifiables avec précision (voir point 1). Il est par ailleurs difficile de déterminer si les droits ainsi créés peuvent être directement invoqués ou seulement bénéficier à des personnes que l'on pourra qualifier de titulaires ou de bénéficiaires (voir point 2).

⁽⁸⁾ CJCE, 6 octobre 1970, *Grad*, aff. 9/70, Rec. p. 825, attendu 5.

⁽⁹⁾ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, Rec. p. 1337, attendu 12.

⁽¹⁰⁾ CJCE, 22 octobre 1998, *IN. CO. GE'90 et a.*, aff. jtes C-10/97 à C-22/97, Rec. p. I-6307, point 21.

1. DES SUJETS DE DROITS ENCORE SOUVENT INDÉTERMINÉS

Les individus jouissent de droits issus de libertés dites «négatives» et de règles procédurales qui correspondent aux droits reconnus dans le cadre des démocraties libérales ayant marqué leur attachement aux droits de l'homme.

En reconnaissant des droits tirés du droit de l'Union européenne, la Cour de justice n'a pas toujours identifié précisément les titulaires de tels droits.

Lorsque la disposition est précise en ce qui concerne les titulaires des droits, la Cour de justice est amenée à le souligner. Ainsi, la Cour fait référence, en dernier lieu dans son arrêt *Ymeraga* du 8 mai 2013, au «**droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres qui est conféré directement aux citoyens de l'Union par le traité FUE**»⁽¹¹⁾. Il reste qu'elle observe, dans d'autres arrêts, que les dispositions de l'article 21, paragraphe 1, du traité FUE relatives à la citoyenneté de l'Union «**confèrent aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice**»⁽¹²⁾, ce qui n'est pas très cohérent.

84

Lorsque les dispositions sont moins précises, comme en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services, la Cour de justice a pu faire référence non pas aux titulaires ou aux bénéficiaires des droits mais au champ d'application personnel des droits et libertés institués. Ainsi, dans l'arrêt *Royer*, la Cour observe que les articles 52 et 59 du traité CEE ont pour effet de «**conférer directement des droits à toute personne relevant du champ d'application personnel des articles cités, tel[s] qu'ils ont été ultérieurement précisés par les dispositions prises en application du traité par voie de règlement ou de directive**»⁽¹³⁾.

Sans faire expressément référence au champ d'application personnel, la Cour a pu préciser le champ de la liberté consacrée au point d'en indiquer les bénéficiaires. Ainsi, dans l'arrêt *Cowan*, la Cour rappelle que «**la liberté de prestation des services inclut la liberté des destinataires de services de se rendre dans un autre État membre pour y bénéficier d'un service**» et que «**notamment**

⁽¹¹⁾ Point 28. Voir antérieurement CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie/Rép. Slovaque*, aff. C-364/10, point 43.

⁽¹²⁾ Voir CJUE, 4 octobre 2012, *Byankov*, aff. C-249/11, point 63.

⁽¹³⁾ CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, Rec. p. 497, attendu 4.

les touristes doivent être considérés comme des destinataires de services» ⁽¹⁴⁾. De même, dans l'arrêt *Antonissen*, c'est la liberté de circulation des travailleurs qui est interprétée en ce sens qu'elle implique également le droit de «*circuler librement sur le territoire des autres États membres et d'y séjourner aux fins d'y rechercher un emploi*» ⁽¹⁵⁾. La Cour s'est abstenue d'affirmer que la libre circulation des travailleurs bénéficiait ou créait des droits au profit des demandeurs d'emploi, ce qui, suivant une telle formulation, aurait pu heurter. Plus tard, il lui sera plus aisé de rappeler l'état de sa jurisprudence et d'indiquer, aux fins d'un raisonnement applicable à une autre catégorie de personnes, qu'*il est établi que les droits de libre circulation prévus à cet article bénéficient aux travailleurs, y compris aux demandeurs d'emploi*» ⁽¹⁶⁾.

Indépendamment du critère d'indétermination des titulaires des droits, la Cour de justice a souvent fait référence aux droits créés dans le chef des «*particuliers*» ou des «*ressortissants*» des États membres, ce qui pouvait conduire à exclure d'autres personnes, telles que les personnes morales, d'une part, et les personnes, physiques ou morales, ressortissant d'États tiers, d'autre part.

La reconnaissance de droits au profit de personnes morales ne devrait pas poser de difficulté lorsqu'il s'agit de personnes de droit privé, étant observé que ce sont souvent des sociétés qui revendiquent le droit d'établissement et la libre prestation des services. L'article 54 du traité FUE prévoit d'ailleurs l'assimilation des sociétés des États membres aux personnes physiques ressortissantes des États membres, ce qui vaut également pour la libre prestation des services en vertu de l'article 62 du traité FUE. La Cour a d'ailleurs eu l'occasion de préciser, notamment dans son arrêt *Gebhard*, que les droits ainsi reconnus s'appliquaient tant aux personnes morales qu'aux personnes physiques des États membres ⁽¹⁷⁾. Il s'ensuit que les sociétés ont, au titre du droit d'établissement, le droit d'exercer leurs activités dans d'autres États membres par l'intermédiaire d'une filiale, d'une succursale ou d'une agence ⁽¹⁸⁾. La Cour a logiquement été amenée à préciser que le siège des sociétés, à l'instar de la

⁽¹⁴⁾ CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, Rec. p. 195, point 15.

⁽¹⁵⁾ CJCE, 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C-292/89, Rec. p. 745, point 13.

⁽¹⁶⁾ CJUE, 13 décembre 2012, *Caves Krier Frères*, aff. C-379/11, point 28.

⁽¹⁷⁾ CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, Rec. p. I-4165, point 23. Voir également CJCE, 11 mai 1999, *Pfeiffer*, aff. C-255/97, Rec. p. I-2835, point 18.

⁽¹⁸⁾ CJUE, 6 septembre 2012, *Commission/Portugal*, aff. C-38/10, point 24; CJUE, 25 avril 2013, *Commission/Espagne*, aff. C-64/11, point 23.

nationalité des personnes physiques, servait à déterminer leur rattachement à l'ordre juridique d'un État ⁽¹⁹⁾.

Bien évidemment, les revendications des personnes morales doivent être adaptées à la nature du droit revendiqué. Ainsi, on ne saurait a priori considérer que les articles du traité relatifs à la libre circulation des travailleurs font naître des droits au profit de personnes morales telles que les sociétés, mais il y a lieu d'approfondir la question. En effet, dans son arrêt *Clean Car*, la Cour de justice a observé que, si les droits de libre circulation des travailleurs existent «*indubitablement dans le chef des personnes visées, les travailleurs*», rien n'indiquait qu'ils ne pouvaient être invoqués «*par autrui, en particulier par les employeurs*». La Cour s'est référée à l'effet utile du droit des travailleurs qui «*doit nécessairement avoir pour complément le droit des employeurs de les engager dans le respect des règles en matière de libre circulation des travailleurs*» ⁽²⁰⁾. Cette prise de position a été récemment confirmée dans ses arrêts *Caves Krier* ⁽²¹⁾ et *Las* ⁽²²⁾. De même, on ne saurait exclure que les droits de libre circulation des travailleurs puissent être invoqués par des syndicats visant à défendre les intérêts des travailleurs.

La reconnaissance de droits au profit de personnes morales de droit public est en revanche porteuse d'ambiguïtés, ne serait-ce que parce que ce sont de telles personnes qui sont tenues, à titre principal, au respect des obligations imposées par le droit de l'Union européenne. Pourtant, ces qualités ne sont pas radicalement exclusives l'une de l'autre. On pourrait ainsi fort bien imaginer qu'une entreprise publique se prévale d'une liberté de circulation à l'encontre d'un État membre ou qu'une collectivité territoriale se prévale du non-respect d'une obligation imposée à l'État membre. Bien évidemment, de telles revendications ne pourront être admises que si elles portent sur des droits qui n'ont pas exclusivement été conçus comme des droits protégeant la personne humaine, tels que le droit à la vie ou les droits liés à la famille. La jurisprudence de la Cour de justice devrait être plus explicite au sujet des droits reconnus aux personnes de droit public.

La reconnaissance de droits au profit de personnes qui sont des ressortissants des États tiers soulève des difficultés bien connues en droit de l'Union

⁽¹⁹⁾ CJCE, 29 avril 1999, *Royal Bank of Scotland*, aff. C-311/97, Rec. p. I-2651, point 23.

⁽²⁰⁾ CJCE, 7 mai 1998, *Clean Car*, aff. C-350/96, Rec. p. I-2521, points 19 et 20.

⁽²¹⁾ CJUE, 13 décembre 2012, *Caves Krier Frères*, aff. C-379/11, points 28 et 29.

⁽²²⁾ CJUE, 16 avril 2013, *Las*, aff. C-202/11, point 18.

européenne. On sait que certains droits ne peuvent pas directement bénéficier aux ressortissants des États tiers. Ainsi en est-il des dispositions du traité concernant la citoyenneté de l'Union ⁽²³⁾ et de celles relatives à la liberté de circulation des personnes, lesquelles peuvent toutefois bénéficier aux membres de la famille des ressortissants des États tiers. D'autres obligations se rapportant à la libre circulation, non pas des personnes mais des marchandises, des services et des capitaux, qui ne font nullement référence au critère de la nationalité, sont susceptibles d'être invoquées directement par des ressortissants des États tiers et ainsi de leur bénéficiaire.

2. DES PERSONNES À LA FOIS TITULAIRES ET BÉNÉFICIAIRES DE DROITS

La théorie du droit des libertés fondamentales opère une distinction délicate entre les titulaires et les bénéficiaires des droits individuels, laquelle n'est généralement pas mise en lumière dans le droit de l'Union européenne.

Les bénéficiaires des droits désignent les personnes auxquelles est attribuée, expressément ou implicitement, une permission d'agir constitutive d'un droit individuel. Ainsi, sous certaines conditions, une personne, opérateur économique, est bénéficiaire de la liberté de transit dans un État membre de l'Union européenne; un enfant mineur est bénéficiaire du droit de séjour sur le territoire d'un État membre.

Les titulaires désignent généralement les personnes habilitées à saisir les juridictions en charge du contrôle du respect des normes créant des droits individuels.

Fréquemment, la qualité de bénéficiaire se confond avec celle du titulaire, lorsque le bénéficiaire des droits fait lui-même valoir ses droits en justice. Il arrive également qu'il n'y ait pas correspondance entre ces deux qualités, pour des raisons diverses, tenant notamment à l'incapacité du bénéficiaire d'agir en justice ou à l'irrecevabilité prévisible de sa demande, compte tenu des conditions qui sont généralement imposées.

⁽²³⁾ CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, point 66; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, aff. C-87/12, point 34.

Des recouvrements partiels sont possibles et des rapports sont envisageables avec un degré plus ou moins important d'autonomie, l'hétéronomie imposant une évaluation au profit du bénéficiaire envisagé du refus ou de l'accueil de la demande formulée par le prétendu titulaire. Ainsi, dans une action en responsabilité devant une juridiction nationale, la recevabilité ou l'accueil de l'action en réparation pourra, dans certains cas, être conditionnée par l'examen du rapport entre celui qui agit et celui qui a subi directement le préjudice.

En droit de l'Union européenne, la distinction entre les bénéficiaires et les titulaires n'apparaît pas expressément.

Le droit dérivé fait souvent référence aux bénéficiaires des droits. Tel est le cas de la directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ⁽²⁴⁾ qui fait expressément aux «bénéficiaires» des droits, à savoir les citoyens de l'Union qui se rendent ou séjournent dans un État membre autre que celui dont ils ont la nationalité et les membres de leur famille qui les accompagnent ou les rejoignent dans les conditions définies ⁽²⁵⁾. Le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, sur la coordination des systèmes de sécurité sociale ⁽²⁶⁾ précise non pas les «bénéficiaires» des droits mais indique le champ d'application personnel du règlement, lequel s'applique ainsi aux ressortissants des États membres, aux apatrides et aux réfugiés résidant dans un État membre qui sont ou ont été soumis à la législation d'un État membre ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants ⁽²⁷⁾. De même, la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial ⁽²⁸⁾ précise qu'elle ne s'applique pas à certaines

⁽²⁴⁾ Directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JO L 158 du 30.4.2004, p. 77).

⁽²⁵⁾ Article 3 de la directive.

⁽²⁶⁾ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 166 du 30.4.2004, p. 1), tel que modifié par le règlement (CE) n° 988/2009 du 16 septembre 2009 (JO L 284 du 30.9.2009, p. 43).

⁽²⁷⁾ Article 2 du règlement.

⁽²⁸⁾ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (JO L 251 du 3.10.2003, p. 12).

catégories de personnes, telles que les membres de la famille d'un citoyen de l'Union ⁽²⁹⁾.

La Cour de justice a plutôt tendance à souligner, lors d'interprétations du droit dérivé, que telle ou telle disposition du droit dérivé confère ou non des droits à ou encore s'applique ou non à telle ou telle catégorie de personnes ⁽³⁰⁾. Dès lors que le texte de droit dérivé fait référence aux «bénéficiaires», la Cour de justice se prononcera sur la question de savoir si telle ou telle personne relève de cette notion ⁽³¹⁾.

La Cour de justice a eu à statuer sur des demandes formulées non pas par les bénéficiaires directs des droits mais par leurs parents revendiquant un droit au profit de leur enfant, sans qu'il soit toujours possible d'identifier précisément les conditions de revendication imposées au titulaire agissant au profit du ou des bénéficiaires des droits invoqués et l'étendue des droits sub-séquents du titulaire ⁽³²⁾.

Le lien entre les prétendus titulaires et les bénéficiaires des droits n'a pas toujours été mis en lumière. L'arrêt *Grogan* demeure instructif. En effet, la liberté de prestation de services est invoquée par des associations d'étudiants irlandaises (prétendus titulaires) dans la mesure où elles se voient reprocher de diffuser des informations en Irlande sur les possibilités d'avorter dans un autre État membre. La Cour de justice observe que ces associations ne coopèrent pas avec les cliniques (bénéficiaires potentiels) dont ils publient les adresses, les informations n'étant pas diffusées «pour le compte de l'opérateur économique établi dans un autre État membre», ce qui a conduit la Cour à considérer que l'interdiction n'était pas une restriction de la libre prestation de services ⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾ Article 3, paragraphe 3, de la directive.

⁽³⁰⁾ Voir, par exemple, CJUE, 6 septembre 2012, *Czop et Punakova*, aff. jtes C-147/11 et C-148/11, points 24 à 33, au sujet du règlement relatif à la libre circulation des travailleurs; CJUE, 21 février 2013, *Dumont et Chassart*, aff. C-619/11, points 27 à 31, au sujet du règlement applicable en matière de sécurité sociale.

⁽³¹⁾ Voir, par exemple, CJCE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, Rec. p. I-3375, points 39 et 42; CJUE, 6 décembre 2012, *O. et a.*, aff. jtes C-356/11 et C-357/11, point 42; CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, aff. C-87/12, points 30 et 31.

⁽³²⁾ Voir notamment CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, Rec. p. I-1177.

⁽³³⁾ CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan*, aff. C-159/90, Rec. p. I-4685, points 26 et 27.

C'est sans doute le statut de citoyen de l'Union qui permet le mieux de préciser les devoirs et les droits prévus par le traité, dont ceux désormais prévus à titre principal à l'article 20 et aux articles 21 à 23 du traité FUE. La Cour de justice considère, depuis son arrêt *Martínez Sala*, que tout citoyen de l'Union qui réside légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil peut se **prévaloir** des droits ainsi consacrés dans toutes les situations qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union européenne ⁽³⁴⁾. Cette reconnaissance au profit des ressortissants de l'Union vaut aussi bien à l'égard des parents citoyens qu'à celui de leurs enfants citoyens ⁽³⁵⁾, d'étudiants que de travailleurs ⁽³⁶⁾, de personnes majeures que de personnes mineures.

Parfois, le citoyen se voit reconnaître des droits pour lui-même. L'affaire *Zhu et Chen* a permis d'avancer à ce sujet. Rappelons que la demande en justice devant le juge britannique a été introduite par Catherine Zhu et sa mère Man Lavette Chen. La Cour a expressément souligné qu'«*un enfant en bas âge peut se prévaloir des droits de libre circulation et de séjour garantis par le droit communautaire*». La Cour a ajouté que «*l'aptitude d'un ressortissant d'un État membre à être titulaire des droits garantis par le traité et le droit dérivé en matière de libre circulation des personnes ne saurait être subordonnée à la condition que l'intéressé ait atteint l'âge requis pour avoir la capacité juridique d'exercer lui-même lesdits droits*» ⁽³⁷⁾. C'est la consécration de l'enfant citoyen, sujet de droit.

On constate que la Cour n'opère pas une distinction entre les titulaires et les bénéficiaires de droits au sens de la théorie du droit, mais qu'elle considère les personnes titulaires de droits, indépendamment de leur capacité d'agir en justice.

L'avocat général Antonio Tizzano rappelait avec justesse que, selon un principe commun aux États membres, la capacité de jouissance s'acquiert par la naissance, ce qui conduit à considérer que l'enfant mineur est sujet de droit et, en tant que tel, titulaire de droits ⁽³⁸⁾. Le fait qu'il n'a pas la capacité d'agir

⁽³⁴⁾ CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala*, aff. C-85/96, Rec. p. I-2691, points 62 et 63; CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, Rec. p. I-6193, point 32; CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, Rec. p. I-2119, point 32; CJUE, 21 février 2013, *N*, aff. C-46/12, point 28.

⁽³⁵⁾ CJCE, 2 octobre 2003, *García Avello*, aff. C-148/02, Rec. p. I-11613, point 21.

⁽³⁶⁾ CJUE, 21 février 2013, *N*, aff. C-46/12, points 26 et 30.

⁽³⁷⁾ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, Rec. p. I-9925, point 20.

⁽³⁸⁾ Conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire C-200/02.

et ainsi de les exercer de manière autonome ne le prive pas des droits dont il jouit. C'est pour cette raison que des représentants légaux (parents, tuteur) agiront au nom et pour le compte de l'enfant, unique titulaire des droits.

C'est parfois le citoyen de l'Union qui forme une demande au profit d'un enfant ou d'un conjoint. Ainsi, dans l'affaire *McCarthy*, relative à une ressortissante du Royaume-Uni dont l'époux était jamaïcain, la Cour de justice a cru utile de souligner que la demande introduite par M^{me} McCarthy visait en réalité à conférer à son époux un droit de séjour au Royaume-Uni en tant que membre de la famille du citoyen de l'Union ⁽³⁹⁾.

De même, il est important que, en cas de bénéfices partagés, communs ou convergents, la Cour de justice précise les personnes auxquelles ils se rapportent. Ainsi, il arrive que le citoyen demande le bénéfice du regroupement familial tandis que les membres de la famille revendiquent le bénéfice du séjour sur le territoire d'un État membre où réside le citoyen ou un autre membre de la famille de celui-ci. Dans l'affaire *O et a.*, d'une certaine complexité du point de vue des demandes formulées, la Cour a cru utile de préciser que les demandes de séjour concernant un ressortissant ivoirien et un ressortissant algérien visaient deux mères, ressortissantes d'États tiers qui résidaient légalement dans un État membre, en tant que «regroupantes, à savoir en tant que personnes au titre desquelles le regroupement a été demandé» ⁽⁴⁰⁾.

D'une manière générale, il est préférable que la Cour de justice procède le plus possible aux clarifications qui s'imposent, faute de quoi il lui serait reproché de trancher les affaires de manière aléatoire, ce qui ne saurait être le cas, et des interprétations abusives pourraient s'ensuivre.

Enfin, il conviendrait de s'interroger sur l'opportunité de consacrer de nouvelles notions susceptibles de donner un sens plus dynamique et d'enrichir des notions telles que celles de bénéfice ou de titularité des droits. Ainsi, en se demandant à plusieurs reprises si telle ou telle décision prise par une autorité nationale au sujet d'un membre de la famille d'un citoyen de l'Union avait ou non pour effet de «méconnaître l'effet utile de la citoyenneté de l'Union dont il jouit» ⁽⁴¹⁾ et de le priver ainsi «de la jouissance effective de l'essentiel des

⁽³⁹⁾ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, Rec. p. I-3375, point 23.

⁽⁴⁰⁾ CJUE, 6 décembre 2012, *O et a.*, aff. jtes C-356/11 et C-357/11, point 40.

⁽⁴¹⁾ CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga*, aff. C-87/12, point 36.

droits conférés» par ce statut de citoyen ⁽⁴²⁾, la Cour a enrichi l'appréhension de bénéfice et de titularité des droits au moyen d'un critère de «*jouissance effective*». C'est l'effet utile des droits reconnus qui commande alors de dépasser l'appréhension classique et, ainsi, de se demander si le refus du bénéfice d'un droit, qui découle normalement d'une interprétation littérale du texte de référence, ne conduit pas à priver le statut voire les droits et libertés qui en découlent de tout effet. Une telle appréhension du droit s'inscrit dans la modernité de l'interprétation qui avait conduit la Cour de justice à dégager des principes novateurs et dynamiques cinquante ans plus tôt.

⁽⁴²⁾ CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, Rec. p. I-1177, point 42; CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, Rec. p. I-3375, point 53; CJUE, 6 décembre 2012, *O et a.*, aff. jtes C-356/11 et C-357/11, point 49; CJUE, 8 mai 20 3, *Ymeraga*, aff. C-87/12, point 36.

The Impact of *Van Gend en Loos* on Judicial Protection at European and National Level: Three Types of Preliminary Questions

Bruno De Witte

PROFESSOR, MAASTRICHT UNIVERSITY

1. INTRODUCTION: THE BIRTH OF A NEW DOCTRINE AND ITS CONSEQUENCES FOR THE NATIONAL AND EUROPEAN JUDICIARY

93

THE MAJOR NOVELTY OF *VAN Gend en Loos* was not the discovery that EEC law could have direct effect. Indeed, the reason why the referring Dutch court (the *Tariefcommissie*) sent a request for interpretation to Luxembourg was that the Dutch Constitution specified that treaty provisions could, depending on their terms, be self-executing within the Dutch legal order. The Dutch court wanted to hear from the European Court of Justice whether Article 12 EEC was one such treaty provision ⁽¹⁾. Many other monist legal systems, inside and outside Europe (most prominently, the USA since *Foster and Elam v Neilson* in 1829), recognized the possibility for national courts to directly enforce international treaty norms, though these courts rarely did so in practice. The crucial contribution of the 1963 judgment was, therefore, that the question whether specific provisions of the EEC Treaty (or, later, secondary Community law) had direct effect was to be decided centrally by the European Court of Justice instead of by the various national courts according to their

⁽¹⁾ On the Dutch constitutional law background of the *Van Gend en Loos* reference, see M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution* (Oxford, Hart, 2006) 74.

own views or national habits on the matter. Thereby, the Court encouraged the national courts to engage in a new kind of interaction with it.

Van Gend en Loos created a distinction between two types of European Community norms: those with and without direct effect. Whereas all norms of EC law have primacy over national law, only some norms have direct effect. Indeed, in *Van Gend en Loos* the Court did not say that ‘Community law’ had direct effect, but rather that Article 12 of the EEC Treaty had direct effect; and on later occasions, it confirmed that other norms, contained in the EEC Treaty, in a Directive or even in a Regulation ⁽²⁾ did not have direct effect. This distinction made much impression at first. In a book-length analysis published in 1970, Leontin-Jean Constantinesco referred to it as the *summa divisio* in Community law ⁽³⁾. The problem, though, is that the distinction between the two categories is not immediately apparent from the language of the provisions themselves. The *Van Gend en Loos* judgment itself had immediately made clear that a norm could have direct effect even though it neither contained the word ‘right’ nor the word ‘individual’. In other words, there were no obvious signposts in the words of a legal provision that could indicate its direct effect. So, the judgment created the need for national courts to keep referring preliminary questions to the Court of Justice about whether a particular EC/EU law norm has direct effect in the national legal orders, or not.

In *Van Gend en Loos*, the European Court mentioned, in a famous phrase, the beneficial impact of its new direct effect doctrine on the European integration process as a whole: ‘(t)he vigilance of individuals concerned to protect their rights amounts to an effective supervision in addition to the supervision entrusted by Articles 169 and 170 to the diligence of the Commission and of the Member States’. The Court was prescient. We now know that this prediction became true, and that many ‘individuals’ (which, in actual fact, were often business firms) used the direct effect doctrine in order to attack protectionist trading rules and, later, other national rules that they considered to be incompatible with Community law. They thus contributed to making the rules of Community law stick. As Pierre Pescatore put it, ‘we would see ... that the preliminary reference ... will effectively become the infringement

⁽²⁾ Contrary to popular wisdom, EC Regulations do not always and entirely have direct effect. For a case in which the ECJ, quite reasonably, found that a provision of a regulation lacked direct effect, see Case C-403/98, *Monte Arcosu* [2001] ECR I-103.

⁽³⁾ L. J. Constantinesco, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE* (Paris, LGDJ, 1970), first chapter. The book was re-edited in 2006 (Bruxelles, Bruylant).

procedure for the European citizen’⁽⁴⁾. And indeed, this has now become a frequently posed type of preliminary question: ‘Is national legal norm X compatible with EU law norm Y?’

The two categories of preliminary questions inaugurated by *Van Gend en Loos* (whether an EC law norm had direct effect, and whether a national norm was compatible with EC law) came in addition to another category of preliminary questions which was, in fact, the ‘innocuous’ kind that the drafters of the EEC Treaty probably had in mind: when national judges are asked to apply a norm of national law which is of European origin (for example, because it transposes a provision of an EU directive), they may have some difficulty in understanding its meaning and, in such cases, they can ask the Court of Justice for help. This is a mechanism of judicial cooperation which operates quite apart from any possible contradiction between the national and EU law norm.

So we have, since *Van Gend en Loos*, three types of questions which national courts pose in the framework of the preliminary reference on interpretation of EU law⁽⁵⁾: (a) ‘pure’ questions of interpretation of EU law; (b) questions about the direct effect of an EU law norm, or about other factors that may affect its application by the national court; and (c) the question of compatibility between EU law and national law, as part of Pescatore’s ‘citizens’ infringement procedure’⁽⁶⁾. I will now look, in turn, at each of these three categories and at their current relevance in the activity of the Court of Justice by drawing upon some very recent preliminary rulings on interpretation. I will do this in reverse order, as it is quite evident that the main use made, today, of the preliminary reference is as a citizens’ infringement procedure.

(4) P. Pescatore, ‘*Van Gend en Loos*, 3 February 1963 – A View from Within’, in M. Poiares Maduro and L. Azoulay (eds), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (2010).

(5) I do not consider, obviously, the very different kinds of questions posed by national courts in preliminary references on the *validity* of EU law.

(6) Of course, national courts can pose more than one type of question within a single reference. They can even ask all three types within one single case. See for example the questions posed by the Administrative Court of Varna in the recent Case C-142/12, *Marinov*, judgment of 8 May 2013 (cf. paragraph 23).

2. THE CITIZENS' INFRINGEMENT PROCEDURE

One straightforward example of this kind of preliminary question is the recent *Petersen* judgment of 28 February ⁽⁷⁾. This was a case about income tax and free movement, in which the referring German court asked just one simple question: 'Is a legal provision compatible with Article 49 EC ... if it makes a tax exemption for income of an employee who is taxable in Germany dependent on the employer being established in Germany, but does not provide for such exemption if the employer is established in another ... Member State?'. Thus, the national court clearly launched a 'citizens' infringement procedure'. The Court of Justice, of course, never answers such questions in the same straightforward way. It does not use 'compatibility' language (which it reserves for the *real* infringement cases) but rather holds – as it did in the operational part of the *Petersen* judgment – that 'Article 45 TFEU must be interpreted as precluding national legislation of a Member State pursuant to which ...'. Thus, the bluntness of the ruling is reduced (a little bit!) by affirming that the Court remains in its 'interpretive' role (rather than the declaratory role it plays in 'real' infringement cases) and also by not referring directly to the German legislation at stake in the domestic court case but more abstractly and vaguely to 'national legislation of a Member state pursuant to which...'.
96

Sometimes, the Court makes more of an effort to remind the national court that it is interpreting EU law rather than judging on the compatibility of national law. It does so by using a particular, circumlocutory and slightly hypocritical, formula when starting its judgment. For example, in the *Vandoorne* case decided in 2011 ⁽⁸⁾, the referring Belgian court had squarely asked whether a given Belgian law was 'compatible or incompatible' with an EU directive. The CJEU started its reply by the following sentence: 'At the outset, it is necessary to point out that it is not for the Court, in the context of the procedure provided for in Article 267 TFEU, to determine whether national provisions are compatible with European Union law. The Court does, however, have jurisdiction to provide the national court with all the criteria for the interpretation of European Union law which may enable it to assess whether those provisions are so compatible in order to give judgment in the proceedings before it.' And yet, the actual answer given in the operational part of the judgment is much more straightforward; there, the Court states that the EU directive 'must be interpreted as not precluding national legislation,

⁽⁷⁾ Case C-544/11, *Petersen*, judgment of 28 February 2013.

⁽⁸⁾ Case C-489/09, *Vandoorne*, judgment of 27 January 2011.

such as that at issue in the main proceedings'. Isn't this another way of doing precisely what the Court declared that it could not do, namely to determine the compatibility of national law with EU law? It is, in fact, that operational part of the judgment which indicates most clearly whether the reference fits in the category of 'citizen's infringement'. The key words almost invariably used by the Court, in this respect, are that '[EU law norm X] must be interpreted as precluding/not precluding [national rules of the sort applicable to the case at hand]'.

The preliminary sentence of *Vandoorne*, or similar formulas expressing the (allegedly!) modest function performed played by the Court of Justice, is mostly used – it seems – in high-profile cases. One recent example is the *Pringle* judgment of 27 November 2012, about the European Stability Mechanism. The Irish Supreme Court asked, in one of its questions: 'Is a Member State of the European Union whose currency is the euro, having regard to [a large number of provisions of primary EU law] ... entitled to enter into and ratify an international agreement such as the ESM Treaty?'⁽⁹⁾. The Court replied that it might not give a direct answer to that question, but that 'the Court has jurisdiction to provide the national court with all the criteria for the interpretation of European Union law which may enable it to assess whether the provisions of the ESM Treaty are compatible with European Union law'⁽¹⁰⁾. This circumlocutory sentence cannot hide the fact that what the Court is doing, in all such cases, is indeed to examine the compatibility of national law with EU law. Everybody knows this, but it seems better not to say it with so many words.

3. QUESTIONS ABOUT REMEDIES

On several occasions, the direct effect doctrine inaugurated by *Van Gend en Loos* was said to be approaching its natural end. In a famous article written in 1983, former ECJ judge Pescatore (who had been very active in the expansion of the doctrine in the late 1970s) called the direct effect doctrine 'an infant disease' that would soon cease to be of importance, once the Community

⁽⁹⁾ Case C-370/12, *Pringle*, judgment of 27 November 2012. Note that the 'citizens' infringement' does not relate, here, to the act of one single Member State, but to a combined act of 17 Member States who had concluded the international treaty setting up the European Stability Mechanism.

⁽¹⁰⁾ *Pringle* judgment, paragraph 80 (with reference to the *Vandoorne* case).

legal order would have completely ‘grown up’⁽¹¹⁾. In that perspective, questions about the direct effect of particular norms of EC law would gradually be drying up – but they have not. Despite Pescatore’s words, it would seem that the existence of a special doctrine of direct effect (and the preliminary questions linked to it) continues to be justified by the fact that the domestic judicial enforcement of EU norms is different from that of international treaty norms, but also from that of norms of domestic origin. First, because the existence of direct effect is a matter of interpretation of EU law to be settled by the European Court of Justice rather than by the national courts separately; therefore, different national habits as to when a legal norm is ‘ripe’ for judicial enforcement have to give way to a common European doctrine developed mainly by the central organ situated in Luxembourg. Secondly, because of the existence of certain sources of Community law (directives and international agreements) which obey to special and rather arcane rules regarding their domestic judicial enforcement; national courts must in certain cases refrain from applying norms of directives or international agreements that seem sufficiently clear by their terms, because they are not fit for enforcement according to the Court of Justice. This is notoriously, but controversially, the case with provisions of a directive when they impose obligations on individuals; and with provisions of the WTO Agreement, even when their significance has been spelled out by the WTO’s dispute settlement organs⁽¹²⁾. Thirdly, the direct effect doctrine remained a characteristic of the Community law part of the EU legal order and did not extend to norms of primary and secondary EU law belonging to the second and third pillar, prior to the Lisbon Treaty. Today, things have changed for former third pillar law, which will in the future be treated like the rest of EU law, at least after the end of the transitional phase⁽¹³⁾.

These various factors continue to provoke debates about the evolution of the direct effect doctrine, and thereby continue to provide renewed occasions for reflection on the significance of the 1963 judgment that started it all. They also explain why national courts continue to ask questions about whether this or that norm of EU law has direct effect – or not. Still, this kind of question

⁽¹¹⁾ P. Pescatore, ‘The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law’, *European Law Review* (1983) 155.

⁽¹²⁾ The literature on these two issues is over-abundant. Suffice it to mention two monographs dealing, respectively, with each of them: S. Prechal, *Directives in EC Law*, 2nd ed (Oxford, OUP, 2005); M. Mendez, *The Legal Effect of EU Agreements* (Oxford, OUP, 2013).

⁽¹³⁾ But not yet today... See, on the absence of direct effect of a framework decision, Case C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, judgment of 5 September 2012, paragraph 53.

has become rather rare. In most cases, national courts, when asking questions of interpretation, already know whether the relevant norm of EU law has direct effect; or at least they assume that they know, and the Court of Justice is usually not going to contradict them. One may note, in this regard, that when the national court does *not* pose a separate direct effect question, the Court tends to ‘forget’ to assess the EU law norm’s direct effect and immediately proceeds to the question of compatibility of national law with EU law. A good example of such a short-circuiting of the direct effect question is provided by the *Michaeler* judgment. There, the Court was requested to interpret Clause 5 of the Directive on part-time work which states that ‘Member States, following consultations with the social partners in accordance with national law or practice, should identify and review obstacles of a legal or administrative nature which may limit the opportunities for part-time work and, where appropriate, eliminate them’. The Court did not discuss the clear and precise nature of this provision (which seems rather doubtful) but immediately went on to conclude that an Italian regulation which required employers to notify all part-time employment contracts to the labour inspection was contrary to Clause 5 and must be set aside by the national court ⁽¹⁴⁾. So, the compatibility question was decided without raising or discussing the direct effect question.

Whereas questions about the direct effect of an EU law norm have become rare, we have seen an increase of a related category of questions, namely questions about the nature of the judicial remedies that should be available in national law for the application of particular norms of EU law. National courts have a number of duties based on the principle of effective judicial protection of EU rights, and there has been a steady stream of preliminary references in which national courts ask the Court of Justice about particular implications of those duties. A well-known set of cases are those, starting with *Océano Grupo Editorial*, in which the CJEU has defined a duty for national courts to identify unfair contract terms (in the sense of the relevant EU directive) of their own motion ⁽¹⁵⁾. In a recent follow-up of this case law, the CJEU was asked by a Hungarian court what further steps a national court has to take once it had identified such an unfair contract term, namely whether and how it had to inform the parties about this finding ⁽¹⁶⁾; and it was asked by a Spanish court

⁽¹⁴⁾ Joined Cases C-55/07 and C-56/07, *Michaeler and Others* [2008] ECR I-3135.

⁽¹⁵⁾ Among the rich literature on this subject, see V. Trstenjak, ‘Procedural Aspects of European Consumer Protection Law and the Case Law of the CJEU from the Perspective of Insurance Law’, *European Review of Private Law* (2013) 451.

⁽¹⁶⁾ Case C-472/11, *Banif Plus Bank*, judgment of 21 February 2013.

whether national courts should be empowered to stay mortgage enforcement proceedings on the ground that the mortgage contract contains unfair clauses⁽¹⁷⁾. In such cases, the question posed to the CJEU is not about a substantive incompatibility of national law with EU law obligations but about which concrete steps a national courts must take, or must be allowed to take, when asked to enforce EU law in a private dispute. One could consider such questions to be distant relatives of the question about the direct effect of Article 12 EEC Treaty posed by the Tariefcommissie in *Van Gend en Loos*.

4. 'PURE' QUESTIONS OF INTERPRETATION

The principal domain for the 'pure' questions of interpretation, i.e. the ones that do not raise a question of compatibility of national law with EU law, is the domain of disputes between private parties. An illustration of this is the *Refcomp* case of 7 February 2013⁽¹⁸⁾. In the course of civil proceedings on contractual liability between two private companies, the question arose whether the French or Italian courts had jurisdiction. The Cour de Cassation, before deciding that question, asked the Court of Justice about the meaning of a provision of the Brussels-I Regulation on Jurisdiction and the Recognition of Judgments which was relevant to the solution of that question. The CJEU engaged in complex reasoning about the meaning of that EU law provision, but at no point in the judgment was there any question about the compatibility of French law with EU law; in fact, the French courts were directly applying an EU regulation to the jurisdictional part of the private dispute without any intervening domestic law.

'Pure' questions of interpretation can, of course, also arise in public law cases (for example, in cases involving the interpretation of the VAT directives) or in labour law cases involving the State as an employer. A recent example of the latter is the *Kenny* case in which the High Court (Ireland) asked whether employment practices in the Irish police force contravened the principle of equal pay for men and women. There was no dispute about the EU-compatibility of Irish employment laws, but only about the employment practices of the Irish Department of Justice in respect of different categories of employees in the police force⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Case C-415/11, *Aziz*, judgment of 14 March 2013.

⁽¹⁸⁾ Case C-543/10, *Refcomp*, judgment of 7 February 2013.

⁽¹⁹⁾ Case C-427/11, *Kenny and Others*, judgment of 28 February 2013.

It may be too ‘simple’, though, to describe those cases as involving the ‘simple interpretation’ of EU law norms. In fact, the reason why national courts are faced with problems of interpretation which they decide to submit to the CJEU is, most often, because EU law has changed the legal situation, or at least appears to have changed that situation, so that the national court finds itself in an unfamiliar legal landscape and needs help. Let us take for example the series of preliminary references relating to the passenger compensation rights for delays in arrival of air flights. As we can see, for example, in a recent judgment within that series ⁽²⁰⁾, the German court asks a number of questions about the correct interpretation of the directly applicable Regulation No 261/2004 on compensation and assistance to passengers. Nowhere, either in the reference or in the judgment of the CJEU, is there any mention of German legislation, so that this may seem purely a matter of assessing the meaning of an EU law norm. And yet, the controversy caused by this case law, and the repeated references sent by a number of courts from different countries ⁽²¹⁾, shows that something more is happening, namely the displacement of practices that were lawful (or at least uncontested) under pre-existing national law, by means of a new piece of EU legislation.

As I mentioned above, ‘pure interpretation without looking at compatibility’ was arguably the sole function which the drafters of the EEC Treaty had in mind when ‘inventing’ the preliminary reference mechanism. That function has not disappeared but its importance is rather limited today. In fact, the small number of pure interpretation rulings gives us an approximate idea of the limited role the preliminary reference mechanism would have acquired if the Court of Justice had not radically transformed the role of that mechanism through its *Van Gend en Loos* judgment. By opening its gates to questions about the compatibility of national law with EU obligations, the Court has immensely increased its own work-load, but also immensely increased its impact on the way in which the Member States, and their citizens, comply with their European legal obligations...

⁽²⁰⁾ Case C-11/11, *Folkerts*, judgment of 26 February 2013.

⁽²¹⁾ See S. Garben, ‘Sky-High Controversy and High-Flying Claims? The Sturgeon Case Law in Light of Judicial Activism, Euroscepticism and Eurolegalism’, *Common Market Law Review* (2013) 15.



The impact of *Van Gend en Loos* beyond the scope of EU law

Monica Claes

PROFESSOR, MAASTRICHT UNIVERSITY

FOR ANYONE FAMILIAR WITH EU law, it will be clear that the importance of *Van Gend en Loos* can hardly be overestimated ⁽¹⁾. The very celebration of its anniversary stands as proof of its importance. *Van Gend en Loos* has been hailed as Europe's *Marbury v Madison*, as the 'cornerstone for its constitutional evolution' ⁽²⁾, as one of the twin pillars of EU law, together with *Costa v ENEL*, whose anniversary will be celebrated in 2014 ⁽³⁾. The story of *Van Gend en Loos* and *Costa v ENEL* has been told many times, and has become a mantra for EU lawyers: that the EU is different from any other international organisation, placing the individual at centre stage and involving her and the national courts in the enforcement of EU law. While the company *Van Gend en Loos* may no longer exist, it will live on as having forever changed the name of the game of European integration.

Most importantly, together with *Costa v ENEL*, it has removed the enforcement of EU law from the realm of diplomacy and international relations and hence, from the domain of the executive. Whether or not treaty obligations are complied with is no longer a choice for the executive, but a legal obligation

⁽¹⁾ Case 26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECR 1 (English Special Edition).

⁽²⁾ E. Stein, 'Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution for Europe', 38 *American Journal of International Law* 1981, 1.

⁽³⁾ Case 6-64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585.

that can be enforced by the courts. Surely, the drafters of the Treaties had included a European Court of Justice, and an infringement action to enforce compliance by Member States. But direct effect together with its twin primacy adds to this the technique of private enforcement by individuals before national courts, not only in those Member States where this is not unheard of – such as the Netherlands where the case originated – but for all Member States, even those where compliance was still a matter of international relations and hence in the domain of the executive.

‘Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?’⁽⁴⁾ For Robert Lecourt, who asked the question in the *Mélanges Boulouis*, the answer was clear. Lecourt, one of the authors of the *Van Gend en Loos* judgment, was a firm believer in the role of law and courts in the integration process. ‘Il eût été contradictoire pour les États’, he wrote in *L’Europe devant les juges*, ‘de prétendre instituer un marché commun, de mettre en place à cette fin des institutions et des règles communes, mais de refuser à ces règles tout caractère contraignant’. The story of how these ideas were translated into the decisions in *Van Gend en Loos* and *Costa v ENEL*, and how they were then promulgated and spread, has been masterfully told by Antoine Vauchez and others⁽⁵⁾.

What interests me here, is the impact of *Van Gend en Loos* then and now, beyond the scope of EU law both within the EU and beyond Europe. In this vein, *Van Gend en Loos* may be said to have contributed to an unfolding trend of strengthening the domestic enforcement of international law through their domestic enforcement, because as Anne-Marie Slaughter and William Burke-White have put it: ‘the future of international law is domestic’⁽⁶⁾. I will highlight three different instances of the influence of *Van Gend en Loos* beyond the scope of EU law.

(4) R. Lecourt, ‘Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?’, in *L’Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis* (Paris, Éditions Dalloz 1991), 349-361.

(5) A. Vauchez, ‘“Integration-through-Law” – Contribution to a Socio-history of EU Political Commonsense’, EUI Working Paper RSCAS 2008/10.

(6) A.M. Slaughter and W. Burke-White, ‘The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)’, 47 *Harvard International Law Journal* (2006), 327.

1. THE IMPACT OF VAN GEND EN LOOS IN THE COUNTRY OF ORIGIN, THE NETHERLANDS

It is well-known that it was by no means a coincidence that the case emerged from the Netherlands ⁽⁷⁾. The Dutch legal system has a tradition of openness to international law, and in 1953 and 1956 new provisions had been incorporated in the Constitution with the aim of allowing for a smooth participation of the Netherlands in the process of European integration. The new constitutional package on international relations included a provision declaring that domestic statutory acts would not be applied when infringing treaty provisions that were ‘binding on anyone’ ⁽⁸⁾. It was Parliament itself that insisted on this constitutional amendment against the will of the Government, who emphasized that other States did not allow for review powers in the hands of courts, and that unilaterally granting such powers to Dutch judges, could affect the international position of the Netherlands ⁽⁹⁾. It would allow judges to meddle in foreign relations, which was essentially the province of government. This was also how the new provisions in the Dutch Constitution, when finally adopted, were viewed through foreign eyes. The Chicago Daily Tribune reported on the new provisions under the heading ‘Less than a Nation’.

Despite the revolutionary constitutional provisions, Dutch judges remained reluctant to actually apply them, and used the traditional avoidance techniques: conform interpretation, denial of direct effect or solving the case on other grounds. Hence, direct effect and primacy of treaty law were not well-settled in the Netherlands legal thinking and judicial practice in the early 1960s, and as a consequence, Dutch judicial practice was not so different from that in dualist states. Never before 1963 had a Dutch court actually set aside a contrary provision of national law for the benefit of treaty law.

⁽⁷⁾ For an excellent historical account see K. van Leeuwen, ‘On Democratic Concerns and Legal Traditions: The Dutch 1953 and 1956 Constitutional Reforms “Towards” Europe’, 21 *Contemporary European History* (2012), 357-374; see also M. Claes and B. De Witte, ‘Report on the Netherlands’, in A.M. Slaughter, A. Stone Sweet and J.H.H. Weiler, *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence* (Oxford, Hart Publishing, 1998), 171; L.F.M. Besselink, ‘Constitutional Adjudication in the Era of Globalization: The Netherlands in Comparative Perspective’, 18 *European Public Law* (2012), 231-246.

⁽⁸⁾ Articles 65 and 66 of the Constitution, now numbered Articles 93 and 94.

⁽⁹⁾ In 1952, while the constitutional amendment was being prepared, the Government had argued before the *Hoge Raad* against the domestic primacy of treaties and review powers in the hands of national courts, *Hoge Raad*, 25 January 1952, *Stop te Lobith*, NJ 1952, 125, with a comment by Verzijl.

Seen in this light, one can imagine that Dutch courts have felt relieved to find the Court of Justice as their ally, giving them the confidence to actually apply the new jurisdiction granted by the Constitution. In a 1962 decision, the *Hoge Raad* held as a matter of Dutch law, the question of ‘direct effect’ was indeed one of interpretation, that could accordingly be put to the ECJ⁽¹⁰⁾. It is no coincidence that 10 out of the 13 first preliminary references came from the Netherlands. This special and close relationship between the Court of Justice and the Dutch judiciary continues until this day.

Looking now beyond the scope of EU law, the tandem between the ECJ and Dutch courts on direct effect and primacy, has been crucial especially in the context of fundamental rights protection. Until this day, the Netherlands still lacks a robust judicial system of fundamental rights protection based on constitutional rights. Fundamental rights treaties and most importantly the ECHR hence function as a kind of substitute constitution. Dutch laws can be reviewed in the light of the ECHR and other human rights treaties, while they cannot in the light of the parallel provisions in the Constitution. This review practice of the courts took off from the 1980s onwards, with the courts gaining confidence to grant direct effect to treaties and to actually set aside national law for infringement of treaty provisions. The conformity of national norms with international law is assessed in various instances: it is, of course, not just the business of the courts. This is true also during the legislative process, when legislation is drafted by government and debated by parliament, and when its ‘legality’ is reviewed by the Council of State. In all of these instances, international and European law can be said to have more authority and be more efficient in guiding and limiting the government and the legislature, than the Constitution itself. Accordingly, (some) treaties and European law are today said to form part of the broader constitutional law of the Netherlands. The ECHR has thus in practice become the chief document for human rights protection in the Netherlands⁽¹¹⁾. The Constitution, in many countries the focal point for fundamental rights protection, seems to have become much less relevant in this respect in the Dutch discourse.

Strikingly, the constitutional provisions are no longer seen as relevant in the context of EU law, which is considered to produce effects and have primacy in the Dutch legal order by its very nature – and thus based on the reasoning

⁽¹⁰⁾ HR 18 May 1962, *De Geus en Uitdenbogerd v Bosch*, NJ 1965/115.

⁽¹¹⁾ It may from now on have to compete for that position with the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

of the ECJ in *Van Gend en Loos* and *Costa v ENEL*. Nevertheless, in the learning process the cooperation between national courts and the ECJ may well have been vital ⁽¹²⁾.

2. THE IMPACT OF VAN GEND EN LOOS BEYOND EU LAW: THE DOMESTIC EFFECT OF INTERNATIONAL TREATIES

A second remarkable instance of impact of the *Van Gend en Loos* and *Costa v ENEL* approach to the domestic application and enforcement of international law, is the Belgian approach to international treaties ⁽¹³⁾. Before the 1960s, Belgium hesitated between the monist and dualist approach to the domestic effect of international treaties, and between primacy of Treaty law or of Belgian statutes. Treaties were considered to be ‘équipollent à la loi’, but the exact meaning of this construction was uncertain. In the famous *Franco-suisse le Ski* case, the Belgian *Cour de cassation* finally sanctioned the direct effect and primacy of international treaties. In its reasoning, it did not make reference explicitly to *Van Gend en Loos* and *Costa v ENEL*, but the wording is unmistakably inspired by that of the ECJ. There is one important difference: while the ECJ used the specificity of the European Communities to distinguish it from ordinary international treaties, so as to allow for the courts in dualist countries to accept the direct effect of EC law without completely changing their approach to other treaties, the *Cour de cassation* turned this argument into an *a fortiori* argument. The direct effect of certain international treaty provisions and their primacy applied to the whole of international treaty law, and *a fortiori* also for European law. But the reasoning based on the nature of treaty obligation and the fact, essentially, that ‘nier sa supériorité, c’est nier son existence’, was extended to all treaties. From then on, Belgium would squarely come within the group of monist countries. Several other member states, such as Spain, Luxembourg or Slovenia, equally do not follow

⁽¹²⁾ A similar development is now apparently taking place in Central and Eastern Europe, where the experience with EU law seems to have a positive effect on the implementation of other international law and especially human rights treaties by national courts, see F. Emmert, ‘The Implementation of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in New Member States of the Council of Europe – Conclusions Drawn and Lessons Learned’, in L. Hammer and F. Emmert, *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in Central and Eastern Europe* (Eleven International Publishing, 2012), 610.

⁽¹³⁾ For recent analyses, see L. Hammer and F. Emmert, *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in Central and Eastern Europe* (Eleven International Publishing, 2012).

the lead of the ECJ with respect to the autonomy of EU law vis-à-vis ‘classic’ international law, at least not when it comes to defining the effect of treaty provisions in the domestic legal orders. They do not distinguish between EU law and ordinary treaty law, and extend the favourable treatment of EU law to ordinary treaty law.

3. THE IMPACT OF *VAN GEND EN LOOS* IN OTHER TREATY SYSTEMS

Van Gend en Loos along with its twin *Costa v ENEL* have been crucial in the enforcement of EU law, taking it out of the province of the executive and international relations. One would think, thus, that other Treaty systems and other international courts would be tempted to follow suit and hand judgments to a similar effect, i.e. that they would ‘copy’ or ‘mimick’ *Van Gend en Loos*. The ECJ with its compulsory jurisdiction, its direct links with national courts via the preliminary reference procedure in combination with direct effect and primacy of EU law and the enforcement procedure, has shown the world that combining domestic enforcement before national courts (private vigilance), with international legal oversight before international courts (public vigilance) contributes to making international law more effective and to promoting compliance. Several international organisations have in fact copied or emulated the ECJ model. In a recent article, Karen Alter has found 11 so-called ‘European style international courts’, international courts emulating the ECJ model⁽¹⁴⁾. The Andean Tribunal of Justice⁽¹⁵⁾ and the Court of Justice of the East African Community⁽¹⁶⁾ offer interesting examples of this, and it has been demonstrated that the ECJ decision in *Van Gend en Loos* has directly influenced the design of the system and the case-law of the relevant court.

⁽¹⁴⁾ To Alter, ‘European style ICs exist where international legal rules are part of national legal orders, and where national and international judges mutually converse about the application of these rules in concrete cases’: *The Global Spread of European Style International Courts*, 35 *West European Politics* (2012), 135-154, at 135.

⁽¹⁵⁾ K.J. Alter, L.R. Helfer and O. Saldías, ‘Transplanting the European Court of Justice: The Experience of the Andean Tribunal of Justice’, 60 *AJCL* (2012), 629-664; L.R. Helfer and K.J. Alter, ‘The Andean Tribunal of Justice and its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community’, 41 *NYU Journal of International Law and Politics* (2009), 872-930.

⁽¹⁶⁾ A.P. van der Mei, ‘Regional Integration: The Contribution of the Court of Justice of the East African Community’, 69 *ZaöRV* (2009), 403-425.

A remarkable exception is the ECHR. Surely, the ECHR system provides for private enforcement, but it does so via direct access of individual applicants to the ECtHR, after the exhaustion of local remedies. National implementation remains the alpha and omega of international human rights protection, but the ECHR system does not impose a specific manner of incorporation and implementation of the Convention rights⁽¹⁷⁾, nor does it oblige national courts to award ECHR rights direct effect. As a consequence, the effect and enforcement of the ECHR in the various domestic systems varies greatly⁽¹⁸⁾. The defective enforcement of the ECHR and of the decisions of the ECtHR remains the Achilles' heel of the ECHR system, and is one of the causes of the overburdening of the Court's docket.

Successive declarations at Interlaeken, Izmir and Brighton emphasise that the long-term effectiveness and indeed survival of the ECHR system depends on better implementation at national level. A new procedure for dialogue between national courts and the European Court in the form of an advisory opinion jurisdiction is now under consideration as part of the broader reflection on future reforms. Such direct link between the ECJ and the national courts has proven vital in the context of EU law. Nevertheless, the direct effect of ECHR rights to improve the enforcement of and compliance with ECHR rights is not envisaged. The explanation for this choice not to mimic *Van Gend en Loos* probably lies in the different objectives of the ECHR as an external and subsidiary review mechanism, that does not aim at harmonizing or developing a self-standing legal order. The ECHR allows for very broad margins for the Contracting Parties to design their own systems of fundamental rights protection, which can be almost entirely based on domestic rights and even on non-judicial means, as long as the objective of respect of the minimum standards is achieved.

These parallels show that the success of *Van Gend en Loos* lies in the unique institutional and legal context of the ECJ, its direct link with the national courts through the preliminary reference procedure, and the willingness of

⁽¹⁷⁾ In addition, neither Article 13 nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention, *Swedish Engine Drivers Union v Sweden*, 6 February 1976.

⁽¹⁸⁾ Comparative material is available in G. Martinico and O. Pollicino (eds), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective* (Groningen, Europa Law Publishing, 2010); H. Keller and A. Stone Sweet (eds), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (Oxford, OUP, 2008); L. Hammer and F. Emmert, see note 13.

national courts to take up the invitation of the Court to be involved in the enforcement of EU law. For the time being, *Van Gend en Loos* remains the example to be emulated.

Internal Legitimacy and Europe's Piecemeal Constitution: Reflections on *Van Gend* at 50

Daniel Halberstam

ERIC STEIN COLLEGIATE PROFESSOR OF LAW, UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL

EUROPE IS OFTEN SAID TO lack a proper constitution of the radical American kind. That may be so, but there is a different, more promising sense in which Europe might be following the very best of the constitutional tradition.

111

AN AMERICAN PROLOGUE

In *The Federalist No. 15*, Alexander Hamilton famously argued in favour of the United States Constitution by highlighting the shortcomings of the Articles of Confederation:

‘The great and radical vice in the construction of the existing Confederation is in the principle of legislation for States or governments, in their corporate or collective capacities, and as contra-distinguished from the individuals of whom they consist.’

This reflected the fact that the Articles of Confederation were much like a limited treaty organisation, with powers only to create further treaty obligations on signatory states but not to pass any laws that governed individuals directly. As a consequence, Hamilton explained, resolutions taken under the Articles of Confederation ‘in theory ... are laws, constitutionally binding on the members of the Union, yet in practice they are mere recommendations, which the States observe or disregard at their option’. This left the

Confederation at the mercy of the state legislatures (and state executives) who would often shirk their duties under the treaty that had brought them together.

To help solve this problem, Americans wrote a constitution. The Supremacy Clause most visibly addressed Hamilton's complaint. The clause, as its name suggests, provided that the United States Constitution, federal laws, and treaties 'shall be the supreme law of the land', adding that 'the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding'. Best understood by taking the text in reverse order, this provision does two things. It provides (a) that federal law is immediately applicable in state court and (b) that in cases of conflict, federal law trumps. In so doing, the provision, and the Constitution as a whole, answered the deficiencies of the Articles of Confederation that Hamilton lamented in *Federalist No. 15*.

VAN GEND EN LOOS

112

Until the Lisbon Treaty was signed, Europe had nothing like the Supremacy Clause. Instead, it had two judicial decisions, *Van Gend en Loos* ⁽¹⁾ and *Costa v ENEL* ⁽²⁾. I do not wish to settle here the debate about how naturally these decisions flow from the original Treaties, that is, whether European judges or member state politicians were ultimately responsible for bringing us direct effect and, soon thereafter, supremacy. Suffice it to say that the reference procedure set forth in Article 177 EEC (now Article 267 TFEU) was central to the development of those two interconnected doctrines.

Before there was *Van Gend*, the European Coal and Steel Community of 1952 had already shifted significant power away from the Member State governments. The ECSC dealt directly with individuals and enterprises in a regulatory and adjudicatory capacity, and granted ECSC institutions powers of decision that could override an individual Member State's views. In the words of one early observer, the 'cumulative effect' of that treaty amounted to 'a real transfer of sovereignty' ⁽³⁾. And as soon as the brand new European Court of Justice acting under the ECSC handed down its first decisions, Eric Stein's

⁽¹⁾ Case 26/62 [1963] ECR 1.

⁽²⁾ Case 6-64 [1964] ECR 585.

⁽³⁾ R. Vernon, 'The Schuman Plan: Sovereign Powers of the European Coal and Steel Community', 47 Am. J. Int. L. 183, 189 (1953).

1955 comment foresaw that these would shape ‘the constitutional development of the Community’ ⁽⁴⁾.

Nonetheless, Article 177 of the Treaty establishing the European Economic Community in 1958 changed the face of governance beyond the state. Article 177 provided the linchpin connecting the legal systems of the supranational and national legal orders. To be sure, already under the ECSC, municipal courts were also Community courts bound to promote the Community. But in terms of their functioning, the ECSC still left municipal courts alone. The reference action of Article 177 changed all this with ‘consequences more far-reaching than may appear at first sight’, as Gerhard Bebr observed the same year ⁽⁵⁾.

In the first reference action, *De Geus v Bosch and Others*, Advocate General Maurice Lagrange astutely recognised that this new reference procedure was ‘designed to play a central part in the application of the Treaty’ ⁽⁶⁾. And in the second reference action, *Van Gend en Loos*, the European Court of Justice promptly laid the judicial foundation for an autonomous legal order of the new Europe.

THE DECISION

There were two parts to *Van Gend*: the first was normative, the second institutional.

The normative aspect of the decision was its recognition that the subjects of the new legal order ‘comprise not only Member States but also their nationals’ ⁽⁷⁾. The objects of normative concern in the Community were henceforth not just states but also individuals. Moreover, these individuals were ‘brought together in the Community’ and ‘called upon to cooperate in the functioning of this Community ...’ ⁽⁸⁾. In this turn to include the individual, the decision

⁽⁴⁾ E. Stein, ‘*The European Coal and Steel Community: The Beginning of its Judicial Process*’, 55 Colum. L. Rev. 985 (1955).

⁽⁵⁾ G. Bebr, ‘*The Relation of the European Coal and Steel Community Law to the Law of the Member States*’, 58 Colum. L. Rev. 767, 794 (1958).

⁽⁶⁾ Case 13/61 [1962] ECR 45, at 56.

⁽⁷⁾ [1963] ECR 1, at 12.

⁽⁸⁾ [1963] ECR 1, at 12.

provides the core of what I have called elsewhere the ‘democratic recalibration’ of Europe ⁽⁹⁾.

On *Van Gend*’s institutional side, five words changed the union: ‘which national courts must protect’. Having reached the normative conclusion that the Treaty confers rights and obligations on individuals, *Van Gend* told member state courts what to do. The institutional significance of these words becomes apparent in the operative part of the ruling. Speaking directly to the national court that had referred the question to Luxembourg, the European Court of Justice replied that the treaty creates individual rights ‘which national courts must protect’ ⁽¹⁰⁾.

Thinking back to Hamilton and the Supremacy Clause, we understand these normative and institutional components both as core constitutional claims. European law is the law of the land, and national courts must protect that law. Primacy would easily follow from these premises in *Costa v ENEL* a year later.

PROBLEM OR PROMISE?

In thinking about constitutions, we tend to assume the need for a singular, grand foundational act. We often look for an authoritative external actor who puts the whole of the constitution in place all at once. Following the *Abbé Sieyès*, we like to think of that actor as the *pouvoir constituant*, that is, the constituting power that acts outside the constitution to create the constitution. ‘We the People’ are often thought of in this way. And the European Union did not have that.

A PIECEMEAL CONSTITUTION

Europe’s constitution did not come about all at once. Europe has, instead, what we can call a ‘piecemeal constitution’, *i.e.* one that was established in bits and pieces over time. *Van Gend*’s direct effect and the claim of supremacy that followed a year later are both crucial elements, but other important pieces have since been added. Some have come via treaty amendments, while others can be found in decisions the Court and other actors made along the way.

⁽⁹⁾ D. Halberstam, ‘*The Bride of Messina: Constitutionalism and Democracy in Europe*’, 30 *Eur. L. Rev.* 775 (2005).

⁽¹⁰⁾ [1963] ECR I, at 16.

These pieces include the emergence of the directly elected European Parliament with autonomous legal standing in court and increasing powers of co-decision in the legislative process, fundamental rights guaranteed at the level of the Union, a strong doctrine of implied powers, and citizenship of the Union (as interpreted by the Court). We also witness the completion of the Union's system of legal remedies and, finally, the Court asserting the autonomy of the European legal order not only with respect to national law but also, as in the *Kadi* case ⁽¹¹⁾, with respect to international law.

INTERNAL LEGITIMACY

In this piecemeal constitution, we search in vain for a singularly comprehensive founding act, let alone popular ratification. This should not, however, distract us from *Van Gend's* – and Europe's – constitutional achievement. To the contrary, a far greater danger lurks in placing a constitution's legitimacy exclusively in a founding act and in a founding power that lies outside the constitution, as the traditional story of creating constitutions would have it.

The genius of the American system – and why it was longer lived than, say, the first constitution of France – was not the perfection of the American Founding. The singular achievement was not the proper ratification of a constitutional document by an external, raw *pouvoir constituant*. Indeed, following Hannah Arendt's account, when the American Founders thought of the legitimating power of the people, 'they did not think in terms of a fiction and an absolute, the nation above all authority and absolved from all laws, but in terms of a working reality, the organised multitude whose power was exerted in accordance with laws and limited by them' ⁽¹²⁾. By the time of the American Revolution, and certainly when the Constitution was made a decade later, institutional structure and political authority in the new world had become inextricably intertwined. This sensibility carried over into the Founders' creation. The American Constitution, especially with the multiplicity of authoritative actors that comes with federalism and separation of powers, allowed struggles for constitutional authority to take place within the structure of the system. This means that the true genius of the American Founders was to write a Constitution that firmly brought the production of constitutional legitimacy into the system.

⁽¹¹⁾ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I-6351.

⁽¹²⁾ H. Arendt, *On Revolution* (New York: Viking, 1963), 165.

A constitutional system may therefore be legitimated less by how it comes about and more by how it operates over time. Indeed, if we look closely, we find this to be true of many, if not most constitutional systems. For example, I would argue this to be true in the United States, where we cannot sensibly trace the current legitimacy of the Constitution back to the founding act(s) of long dead partial elites. And I would argue this to be true in the case of, say, Germany, whose *Grundgesetz* has not been ratified by the German people to this day. Constitutional legitimacy in both derives not so much from founding acts as from the legitimating political activity that has taken place within the systems over time. All this is also a valuable lesson as we witness Hungary's constitution being butchered by many (often technically legal) constitutional reforms that gut the continued production of internal legitimacy.

CONCLUSION

Van Gend's constitutional dimension does not and need not presuppose an external, legitimating constitutional author. Instead, the decision helps to create one.

Van Gend, and the subsequent decisions and acts that contributed to Europe's piecemeal constitution, neither established nor presupposed the constitutional legitimacy of this system. Instead, they helped create structures that promise to render the Union, and its claim to an autonomous legal order, legitimate over time. As such, these decisions can never be more than an invitation to establish the constitutional legitimacy of the system from within the system. That is no failing. To the contrary, *Van Gend* and the decisions that follow in its wake thereby aspire to the very best of the constitutional tradition. They leave the heavy lifting up the rest of us.

Van Gend en Loos to(t) the future

Catherine Barnard

PROFESSOR, UNIVERSITY OF CAMBRIDGE

INTRODUCTION

117

THE DECISION IN *VAN GEND en Loos* was the first – and possibly the most significant – moment for the creation of the EU's legal order. It is so central to the DNA of EU law that no undergraduate EU law course would be complete without a discussion of it. But having established its importance and articulated its principle, we – as teachers – rarely return to discussing it. Putting it another way, it's like breathing: highly complex and fundamentally important to human life but something we do not think about most of the time.

In this short comment, I would like to reflect not on the past but on the future. *Van Gend en Loos* was a crucial decision of its time: without *Van Gend en Loos*, EU law would not be as we know it today. But the EU is also a very different entity today to the EEC of 1963. To paraphrase a famous advert, it is bigger, stronger and longer. Bigger as a Union of 27 very disparate states; stronger in terms of its place on the world stage; and longer in terms of the extent of its powers and its geographic reach.

But the EU is also in a state of crisis: economic, financial and political. The story is well known to us all. The EU institutions are working hard to turn matters around – but in the face of ever greater hostility from an increasingly large and vociferous part of its citizenry, many of whom feel ever more

alienated from the EU. This is due, in part, to the EU's response to the crisis, especially the demands of the troika in the bail-out countries. And this is not to mention the dislike of the EU shown by certain national governments. It is hard to think that the golden anniversary of *Van Gend en Loos* is being celebrated on the streets of Preston, Prague and Piraeus.

Of course, rarely are laws and courts celebrated by citizens. Except in the US. There, pride in the Constitution, as a key component of national identity and loyalty, is deeply felt. The complex and often contradictory reasons for this have long been explored ⁽¹⁾, but the US Constitution contains an exposition of values to which US citizens subscribe, and it is a focal point of those values. And the US Supreme Court is considered so important because it is the guardian of that constitution, interpreting it while also upholding those values. Every action of the US Supreme Court is closely watched and analysed, not just by the legal community but by society as a whole: many US citizens can name at least one judgment of the Supreme Court ⁽²⁾.

The same cannot be said for the EU. Despite the prominence of anthems and flags, there is a lack of a central focus around which to develop the identity of the EU citizen. And, as a result, there is considerably less reverence for the Court of Justice: large numbers of EU citizens have never heard of the ECJ, fewer still could locate it in Luxembourg or name a judgment.

The implications of this absence of a common EU identity are serious. While the US is managing its response to the crisis in a coordinated – even solidaristic – way through the use of federal transfers, QE and the TARRP, the EU's response has been much more uneven and fragmented. This variable geometry, necessitated by the absence of a strong sense of solidarity between the states and downright lack of cooperation by some, has led to the adoption of

⁽¹⁾ See e.g. L. Tribe, *American Constitutional Law* (New York, Foundation Press, 2000), 24; B. Ackerman, *We the People* (Cambridge, Harvard, 1991).

⁽²⁾ This is derived from the following observation: 'Decades after the Supreme Court rendered its decision, on Jan. 22, 1973, most Americans (62%) know that *Roe v. Wade* dealt with abortion rather than school desegregation or some other issue. But the rest either guess incorrectly (17%) or do not know what the case was about (20%). And there are substantial age differences in awareness: Among those ages 50 to 64, 74% know that *Roe v. Wade* dealt with abortion, the highest percentage of any age group. Among those younger than 30, just 44% know this.' <http://www.pewforum.org/Abortion/roe-v-wade-at-40.aspx>. More than a third can name a Supreme Court Justice. <http://www.prnewswire.com/news-releases/two-thirds-of-americans-cant-name-any-us-supreme-court-justices-says-new-findlawcom-survey-95298909.html>.

two Treaties – the ESM and the TCSG – not signed up to by all Member States and a challenge to the legality of the ESM Treaty in *Pringle* ⁽³⁾.

Where do these major shifts in the tectonic plates leave the Court of Justice? In difficulty. Should it be defending, as far as possible, the old world order – with *Van Gend en Loos* at the core? Should it instead be looking to foster a new legal order which recognises and responds to the increasingly fragmented reality? Might it recognise that the world has changed so much that the settlement in the Treaty of Rome, based on the idea that the technocratic elites know what is best for the citizens, needs reshaping entirely? Or should the Court of Justice be doing a combination of all of the above? I am uncertain of the answer to my own question but I will briefly sketch out some thoughts.

THE WORLD BEYOND VAN GEND EN LOOS

One answer to the question – where to for the Court of Justice? – may be to continue applying the ‘old’ rules – direct effect, supremacy, effectiveness – to the core of the EU project. Of course defining ‘the core’ is difficult and is an exercise that the British government is trying to undertake at the moment as regards the single market ⁽⁴⁾. But as a simple rule of thumb, it would cover the rules (and their successors) adopted under the provisions of the Lisbon Treaty and its predecessors, but not the CFSP and, possibly, the PJC.

This means that a new legal reality might have to be developed for the CFSP, PJC, TCSG and the ESM. Reference to the ESM would also include decisions made under the previous bail-out funds such as the EFSF. *Pringle* ⁽⁵⁾ suggests that the Court is already sensitive to this. Cases where the Court has refused even to consider applying the Charter to reforms to national labour law required ⁽⁶⁾ by the EU institutions as a condition for financial assistance to

⁽³⁾ Case C-370/12 *Pringle*, judgment of 27 November 2012.

⁽⁴⁾ <https://www.gov.uk/review-of-the-balance-of-competences>

⁽⁵⁾ Case C-370/12 *Pringle*, judgment of 27 November 2012.

⁽⁶⁾ This verb is used with caution because the precise legal nature of the conditionality criteria is not clear.

EU states in difficulty also suggest judicial sensitivity to the changing political and economic situation ⁽⁷⁾. So what might this new reality look like?

OLD RULES

One possibility is to continue applying the old rules, perhaps wrapped in some rhetoric recognising the novelty of the situation, to the new realities. In other words, do as the Court did in *Pupino* ⁽⁸⁾, borrow principles from the old order and apply them as far as possible to the new. This would mean, for example, hearing challenges to, say, the reforms of national labour law undertaken as part of the conditionality for bail-out funds in order to check their compatibility with the substantive provisions of the Charter. Since such a substantive review would involve second-guessing the EU institutions and/the troika, as well as reviewing the actions of Member States in an area where the EU has little or no competence, it is understandable why this approach might not be palatable to the Court.

‘OLD RULES-LITE’

So, another possibility would be to apply the ‘old rules-lite’. In the scenario outlined above, this would mean, for example, hearing challenges to the reforms of national labour law required by the troika. However, the difference would be that the Court would not (and should not) attempt to undertake a substantive review of the reforms. Instead, it would simply check whether the state has involved the social partners or other relevant bodies, like the ILO, in the decision-making process. In other words, a substantive review is replaced by a more procedural one.

There is some evidence that the Court was adopting a procedural approach in *Volker und Markus Schecke* ⁽⁹⁾ where it struck down a regulation on agricultural funds which required that the beneficiaries of agricultural funds had to have their names published on the web together with the amount they received. The Court said that the rules were incompatible with an individual’s

⁽⁷⁾ Case C-128/12 *Sindicato dos Bancários do Norte and Others*, order of 7 March 2013. See also the reference in Case C-264/12 *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, reference lodged 29 May 2012. See also Case C-434/11 *Corpul Național al Polițiștilor*, order of 14 December 2011.

⁽⁸⁾ Case C-105/03 [2005] ECR I-5285.

⁽⁹⁾ Joined Cases C-92/09 and C-93/09 *Volker und Markus Schecke and Eifert* [2010] ECR I-11063.

fundamental right to privacy, in part for the procedural reason that the Council and Commission had failed to consider whether there were any less restrictive alternatives to achieve the objective of transparency.

Thus, under the ‘old rules-lite’ approach, the review is residual and procedural – rather similar to that undertaken of the subsidiarity principle – but it is still there. Putting it another way, the Court can create the conditions for a more reflexive governance, devolving more decisions to the Member States in which it will interfere only *in extremis*.

For many, particularly among trade unions, the ‘old rules-lite’ approach would not be sufficient. It places too much faith in judges who have not always shown themselves to be sympathetic to collective claims ⁽¹⁰⁾. It also fails to address what many, particularly in Greece and Portugal, see as the uncaring face of the EU. But it is better than nothing and does place the Court in a more comfortable position, both horizontally, vis-à-vis the other institutions, and vertically, with the Member States, as well as guaranteeing that the rule of law is observed.

However, there is a third possibility, judicial abstinence.

121

JUDICIAL ABSTINENCE

I accept that the Court’s refusal in *Pringle* to apply the Charter to the Member States acting under the ESM does not augur well for the ‘old rules-lite’ approach. However, I would argue that the ‘old rules-lite’ approach is probably better than the judicial abstinence approach which the cases on the compatibility of labour law reforms with the Charter suggest the Court is currently adopting.

Judicial abstinence might have its supporters among those who have always distrusted the Court, particularly its capacity to deliver social reforms. It might also be supported by those who argue specifically that the Court lacks legitimacy to rule on social matters.

⁽¹⁰⁾ See e.g. the controversy surrounding the decision in Case C-438/05 *Viking* [2007] ECR I-10779 and Case C-341/05 *Laval un Partneri* [2007] ECR I-11767. However, these cases raised profound questions as to the nature of the single market and who is the beneficiary. See further the Monti report: ‘A new strategy for the single market’, May 2010, http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf, especially paragraph 68 et seq.

However, judicial abstinence provides litigants with no mechanism of complaint if their voice is not heard through the traditional political channels. And it leaves the uncomfortable impression that the Court is reneging on its key function, first articulated in *Van Gend en Loos*, that EU law must be effective.

CONCLUSIONS

The discussion so far suggests that the challenges facing the Court require nuance, subtlety and sophistication. *Van Gend en Loos* was a big bang, a monumental decision to kick-start the EU's new legal order. It was a decision of its time in the face of a simpler world. The EU of 2013 is infinitely more complex and any solutions will have to reflect that. There will be no *Van Gend en Loos II*. However, this does not mean the end of the Court of Justice and its influence. Quite the contrary. It means a repositioning of the Court from standard bearer of EU integration to ensuring that the EU is able to function in its new, more fragmented reality. This paves the way for the Court to develop a new kind of doctrine of effectiveness, one that might mean endorsing the devolution of more decision-making power to the Member States or other actors. This will not turn the European Court of Justice into the US Supreme Court but it will ensure continued respect for the rule of law in an increasingly heterogeneous legal and political environment. This would be a sign of strength, not weakness, in the EU's evolving legal order.

Van Gend en Loos from the perspective of new Member States

Maciej Szpunar

PROFESSOR, UNIVERSITY OF SILESIA, KATOWICE

THANK YOU VERY MUCH FOR the invitation. It is a great honour to participate in this important event and to listen to all distinguished speakers.

123

I will try to look at the consequences of the judgment in the case of *Van Gend en Loos* from the perspective of a lawyer from a country that inherited the entire doctrine of direct effect and supremacy. At the time we joined the Union, the basic principles of the application of Community Law had been already established. One must remember of course that even though these principles stem in the first place from the judgement in the case of *Van Gend en Loos*, they were fully shaped in the subsequent case-law of the Court.

In my brief intervention I would like to underline three aspects:

- uniform application of the EU law
- terminology
- shadows of the judgment in the case of *Van Gend en Loos* (as suggested in the paper of Professor Weiler)

1. UNIFORM APPLICATION OF THE EU LAW

If I were asked what was the most profound impact of the judgment in the case of *Van Gend en Loos*, I would say that it was the principle of uniform application of Community law in all Member States. In this respect, I fully agree with all speakers that emphasised this phenomenon. We know exactly from the conclusions of Advocate General Roemer as well as from the facts revealed by Mr Paolo Gori that the issues of uniform application of EC law and its supremacy were at stake in the deliberation of *Van Gend en Loos*. One has to remember, however, that the principle of supremacy was explicitly confirmed one year later in the *Costa v ENEL* decision.

The reason why I am referring to the principle of uniform application of EU law is that the enlargement of 2004 brought about two challenges to this principle.

The first one resulted from the lack of official translation of some small parts of EU legislation. I must remind that the enlargements of 2004 increased the number of official languages of the EU from 11 to 21. The Court dealt with the problem to what extent the obligations, resulting from EU legislation that was unpublished in some official languages, may not be imposed on individuals (Case C-161/06 *Skoma-Lux*, Case C-410/09 *Polska Telefonia Cyfrowa*, Case C-146/11 *Pimix*).

The Court admitted that, in general, obligations stemming from the legislation unpublished in an official language of a new Member State cannot be imposed on individuals in that state. It follows that the lack of the publication of the legislation in one or some official languages does not affect the application of this legislation in other Member States. This statement of the Court might be difficult to reconcile with the principles established in the famous decision in the case of *CILFIT* (Case 283/81). In paragraph 18 of the later decision the Court reminded that EU legislation is drafted in several languages and that the different language versions are all equally authentic. Therefore the proper interpretation of a provision of EU law should involve a comparison of the different language versions. The question arises how a judge, either of a national court or of the EU judicial body, should proceed to this exercise if not all official language versions are available.

The second challenge to uniform application of the law of EU stems from two controversial decisions of constitutional bodies of two new Member

States. I refer to the decision of the Czech Constitutional Court of 31 January 2012 (declaring the judgment of the Court of Justice *ultra vires*) and the decision of the Polish Constitutional Court of 16 November 2011.

Let me say just a few words about the ruling of the Polish Constitutional Court. I must admit that I was personally involved in that case. I had an honour to plead in these proceedings on behalf of the Ministry of Foreign Affairs (pleading unsuccessfully since our arguments were not followed by the Court). As you may know, the Polish Constitutional Court acknowledged its competence to rule on compatibility of some provisions of the Regulation Brussels I with the Polish Constitution. The Court of course did not find any contradiction between EU law and the Constitution. Nevertheless in the grounds of the decision one can find analysis of potential consequences of declaring an act of EU secondary law contrary to the Constitution. The Court stated, I am quoting, ‘organs of the Polish state would be deprived of the possibility of applying an act of EU secondary law and such act could not produce any legal effects on the territory of Poland’. I must emphasise, however, in order to remove any possible tensions that the Constitutional Court considered such scenario as an ultimate solution that must be avoided by all means.

125

It must be underlined that the potential exclusion of the territory of one Member State from the scope of the application of some parts of EU legislation would lead to a large number of practical problems. Especially if we deal with a legal instrument providing for judicial cooperation between Member States. One of the questions that could arise would be to what extent it would affect the recognition or enforcement of decision of the Polish Court in other Member States.

It is clear that, if it occurs, a breach of the principle of uniform application would create tremendous and unpredictable consequences. Let’s believe that the position taken by some constitutional courts would only lead – as Professor Pernice suggested in his paper – to so-called ‘emergency competence’ that would rather contribute to stabilising the system of mutual regard and encourage the EU institutions to be aware of the limits of their own power.

2. TERMINOLOGY

My second remark concerns terminology. The new Member States – as newcomers to the EU – inherited or adhered to extremely confusing terminology

serving to describe the phenomenon of direct application of EU law. Every scholar who refers the notion of direct effect or direct applicability has something different in mind. The emerging Polish doctrine of European Law was confronted with absolutely inconsistent set of notions: direct effect, direct application, immediate effect, relationship between direct effect and supremacy. This issue would of course require another debate.

I would say that the main line of division is situated between those who use and distinguish different notions and are trying to find consistency (e.g. Winter ⁽¹⁾) and those who are trying not to go beyond the real problems that a national judge is facing when applying a norm of EU law (e.g. Pescatore ⁽²⁾). From my experience – as an academic and a practitioner – and also someone who adhered to existing doctrinal debates, the arguments put forward by the second group of scholars are much more convincing. As judge Pescatore stated in 1983, direct effect must be considered as a normal state of affairs and a non-operation of a rule of EU law is always an exception. Moreover, the possibility to apply a rule of EU law in a particular case does not depend only on the intrinsic qualities of the rule concerned, but also on the facts to which the rule is to be applied.

3. THE SHADOWS OF THE JUDGMENT IN THE CASE OF *VAN GEND EN LOOS*

My last remark concerns the shadows of the Van Gend en Loos judgment or – as Professor Weiler described – ‘the dark side of the moon’. I fully agree that existing – at the time when the judgment was delivered – level of democratic representation and accountability did not justify such immense power of direct governance of the European Economic Community. I would not blame, however, the Court for this kind of discrepancy between the power of direct governance and the level of democratic legitimacy.

First of all, we should distinguish the legitimacy of the Court itself and the legitimacy and accountability of the decision-making process in the European Economic Community in the sixties of the past century. The Court

⁽¹⁾ J.A. Winter, ‘*Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*’, 9 CMLRev. 1972, p. 425.

⁽²⁾ P. Pescatore, ‘*The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law*’, 2 ELR 1983, p. 155.

was perfectly legitimate to give the interpretation of Community Law as it done in the *Van Gend en Loos* decision.

Secondly, the judgment in *Van Gend en Loos* concerned the interpretation of the Treaty itself. The reproach based on democratic deficit may only refer the secondary legislation, but not the treaties. The treaties were ratified by all Member States in accordance with appropriate constitutional procedures. I would, therefore, say that it is rather the progeny of the *Van Gend en Loos* judgment that could eventually be blamed for these shadows. At that time when the judgment was delivered, the number of secondary legislation was extremely small.

Thirdly, I do not think that while deciding the case of *Van Gend en Loos* the Court was aware of the huge (and undiscovered) potential of the preliminary ruling procedure. Taking into account the facts of the case, the decision of the Court was fair and reasonable: there is no reason why the prohibition of customs duties should not create rights for individuals. Professor Weiler praises the reasoning of the Court, but criticises the outcome of the decision. Looking from the perspective of fifty years, I would not call the reasoning in the *Van Gend en Loos* decision unassailable. Especially the reference to ‘cooperation through the intermediary of the European Parliament and the Economic and Social Committee’ I find unfortunate. In my opinion this argument was based on a questionable assumption and in any event it was superfluous. The Court should have avoided any reference to democratic legitimacy that simply did not exist at that time.



Introduction

Jean-Paul Jacqué

PROFESSEUR ÉMÉRITE DE L'UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Monsieur le Président,

Chers Collègues et Amis,

Notre troisième séance porte sur les perspectives ouvertes par la jurisprudence de la Cour dans trois domaines: la citoyenneté européenne, l'ordre juridique international et les relations avec les Cours constitutionnelles nationales et la Cour européenne des droits de l'homme. S'y ajouteront, si j'ai bien compris, quelques considérations sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice. À vrai dire, peut-on parler de perspectives alors que, dans tous ces domaines, la jurisprudence de la Cour paraît assez bien fixée, notamment en ce qui concerne la citoyenneté, après quelques hésitations à la suite de l'arrêt *Zambrano*. La liste des thèmes peut paraître hétéroclite et sans rapport avec *Van Gend en Loos*. Mais, il est à présumer qu'ils ont été choisis pour une raison précise. En effet, tant la citoyenneté et les droits fondamentaux que les relations entre le droit international et le droit de l'Union sont des questions de nature constitutionnelle, et la jurisprudence de la Cour en ces domaines contribue à la définition de la nature de l'Union.

- 1) La jurisprudence de la Cour relative à la citoyenneté a certainement dépassé les attentes des auteurs des traités. Comme c'est souvent le cas, ils n'avaient vu l'introduction de la citoyenneté dans les traités que la

consolidation d'un acquis qui, à l'exception du droit de vote aux élections européennes et municipales, ne devait emporter aucun élément nouveau puisque les principaux droits conférés au citoyen figuraient déjà dans les traités ou dans le droit dérivé en ce qui concernaient ces éléments fondamentaux que sont la libre circulation et la non-discrimination. Les États n'avaient pas anticipé la manière dont la Cour se saisirait de la citoyenneté pour en faire un concept unificateur de sa jurisprudence. Alors qu'elle aurait pu poursuivre sa tâche en se fondant sur sa jurisprudence passée, elle s'est saisie de la citoyenneté pour la placer au cœur de sa démarche en faisant de celle-ci, selon la formule de l'arrêt *Grzelczyk* ⁽¹⁾, le statut fondamental des ressortissants des États membres de l'Union européenne. La Cour, dans ce contexte, a fait œuvre constitutionnelle en donnant vie à la citoyenneté, à la surprise, et parfois à la colère, des États membres, notamment lorsqu'elle a condamné, au nom de la discrimination, les «*numerus clausus*» pour l'accès aux études de santé en Autriche et en Belgique ou lorsqu'elle est intervenue dans la législation flamande ou encore dans l'expulsion d'un citoyen européen vers son État membre d'origine. Mais elle a su également tempérer certains effets qu'aurait pu avoir un usage extensif de la notion en subordonnant l'octroi de certains avantages à l'existence d'un lien d'intégration avec l'État ⁽²⁾. Compte tenu de la diversité des situations qui peuvent être soumises à la Cour, il est difficile de prévoir les interférences que peut permettre l'utilisation de la notion avec les mesures nationales. Le concept n'a pas sans doute produit tous ses effets. On sait que certains universitaires ont même envisagé d'utiliser la notion pour sanctionner les atteintes graves aux droits fondamentaux commises par un État membre en dehors du champ d'application du droit de l'Union ⁽³⁾. Même si une telle perspective reste fort peu probable dans un avenir proche, elle témoigne du caractère dynamique que l'usage de la notion peut conduire à envisager.

- 2) La question de la place du droit international en droit interne est un des classiques de la doctrine du droit constitutionnel depuis le XIX^e siècle,

⁽¹⁾ Arrêt du 20 septembre 2001, *Grzelczyk* (C184/99, Rec. p. I6193).

⁽²⁾ Voir, pour un cas récent, arrêt du 18 juillet 2013, *Prinz* (C523/11 et C585/11, non encore publié au Recueil).

⁽³⁾ Von Bogdandy, A., Kottmann, M., Antpöhler, C., Dickschen, J., Hentrei, S., Smrkolj, M., «Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States», *Common Market Law Review*, 2012, pp. 489–519.

et la formation des «tout juriste» a été bercée par l'évocation des théories d'Anzilotti, de Triepel ou de Kelsen. La Communauté ne pouvait éviter d'être confrontée à ce problème dès lors que celle-ci était dotée de la personnalité internationale. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence de la Cour sur les rapports entre l'ordre juridique de l'Union et le droit international ait toujours fait l'objet de discussions animées dans la doctrine. Depuis que *Costa/ENEL* a reconnu l'autonomie du droit communautaire ⁽⁴⁾, la place des traités dans l'ordre juridique de l'Union est bien assurée et leur supériorité par rapport au droit dérivé n'est pas contestée. Ce qui pose un problème, c'est la place du droit international dans la hiérarchie des normes en ce qui concerne le droit primaire, non en ce qui concerne les traités conclus par l'Union puisque la question est réglée par l'invalidité de l'acte de conclusion d'un traité contraire au droit primaire, mais en ce qui concerne les autres obligations internationales. L'arrêt *Kadi* fait prévaloir le droit primaire dans une optique dualiste ⁽⁵⁾, mais certains pensent que la situation pourrait évoluer si le système des sanctions des Nations unies était substantiellement amendé. Cependant, dans ce cas, la contradiction avec le droit primaire disparaîtrait et il s'agirait d'un cas normal d'application d'une résolution du Conseil de sécurité par l'Union, que la Cour a déjà validé dans le passé. La question la plus controversée est celle du refus de reconnaître l'invocabilité des dispositions de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) à l'appui d'un recours en annulation d'un acte de l'Union, jurisprudence étendue par la Cour à d'autres accords internationaux ⁽⁶⁾. Certains voient dans la jurisprudence relative à l'OMC le refus de reconnaître l'autorité de l'Organe de règlement des différends (ORD) mis en place par l'accord de Marrakech. Mais la Cour fait preuve de réalisme en laissant à l'Union toute liberté d'agir dans ses relations avec les parties à l'OMC après une décision de l'ORD, mais aussi en reconnaissant implicitement le fait qu'on ne peut imposer à

⁽⁴⁾ Pour une critique de cette interprétation de *Costa/ENEL*, voir Malenovsky, J., *La contribution ambivalente de la Cour de Justice à la saga centenaire de la domestication du droit international public*, Mélanges Mengozzi, Bruylant, 2013, p. 25-59; sur la question en général, voir Kokott, J., *International Law — A neglected «integral» part of the EU Legal Order*, id. p. 61-83.

⁽⁵⁾ Il est amusant de constater l'embarras d'une partie de la doctrine partagée entre son soutien traditionnel au multilatéralisme, et donc à la primauté du droit international, et l'attention qu'elle porte au respect des droits fondamentaux ce qui l'a conduit à développer dans ses commentaires toutes les variantes possibles du pluralisme juridique.

⁽⁶⁾ Dans l'arrêt du 3 juin 2008, *Intertanko e.a.* (C308/06, Rec. p. I4057), à propos de la Convention sur le droit de la mer qui ne crée pas de droits pour les particuliers.

l'Union d'être la seule partie à l'accord à se voir imposer un effet direct des règles de l'OMC. En fait, le vrai problème est celui de la situation des particuliers victimes des sanctions et, à cet égard, on peut regretter que la Cour refuse d'admettre la mesure de réparation qu'aurait constituée la reconnaissance de la responsabilité sans faute (7).

- 3) La protection des droits fondamentaux est au cœur du débat sur les rapports entre différents systèmes. Plus que toute autre, la question des droits fondamentaux est un point de rencontre, et éventuellement de conflits, entre des ordres juridiques différents. L'existence de plusieurs degrés de protection, au niveau constitutionnel national, à celui de l'Union et dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), a imposé une harmonisation des rapports entre ceux-ci. Le problème aurait été sans doute plus facile à résoudre sans l'existence, due à la nature spécifique de l'Union, d'une zone grise, celle dans laquelle les États membres interviennent dans le champ d'application du droit de l'Union. C'est le lieu privilégié des conflits en cas de différence entre la protection offerte par le droit de l'Union et celle prévue par le droit constitutionnel national. Mais aussi, c'est par ce biais que la CEDH peut entrer en conflit avec le droit de l'Union. Après l'arrêt *Solange I* de la Cour constitutionnelle allemande, la Cour de justice a su résoudre la question, sur un plan théorique, en instaurant une protection des droits fondamentaux au titre des principes généraux du droit tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et de la CEDH. Par la voie d'une «incorporation» de ces sources dans le droit communautaire, le risque de conflit était affaibli, mais ne disparaissait pas totalement. La reprise de la jurisprudence dans l'article 6 du traité sur l'Union européenne (TUE) ancrerait cette solution dans le droit primaire. L'adoption de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la « Charte ») puis son élévation au rang de droit primaire allaient dans le même sens, comme en attestent les dispositions générales de celle-ci. Mais, ici encore, toute éventualité de conflit n'était pas exclue.
- 4) S'agissant du droit constitutionnel national, la Cour a été amenée à clarifier les dispositions de la Charte en établissant un équilibre entre le principe de primauté et le droit constitutionnel national. Lorsque

(7) Arrêt du 9 septembre 2008, FIAMM e.a./Conseil et Commission (C120/06 P et C121/06 P, Rec. p. I6513).

le droit constitutionnel national impose des exigences qui mettent en cause la primauté du droit de l'Union, cette dernière impose que le droit de l'Union prime ⁽⁸⁾. Mais cette règle ne doit-elle pas céder lorsqu'est en cause l'identité constitutionnelle d'un État membre conformément à l'article 4 TUE ⁽⁹⁾? Par contre, lorsque le droit de l'Union offre une protection inférieure, la règle constitutionnelle nationale peut s'imposer dès lors que la norme de l'Union reste permissive ⁽¹⁰⁾.

- 5) S'agissant des rapports avec la CEDH, la Cour, avant et après le traité de Lisbonne, se livre en général à une lecture fidèle de la Convention. Mais les difficultés ne sont pas absentes, notamment lorsque la Cour de Strasbourg est saisie d'une affaire en relation avec le droit de l'Union qui n'a pas fait l'objet d'un renvoi préjudiciel. La barrière établie par l'arrêt *Bosphorus* est loin d'être étanche, comme en témoignent les affaires *M.S.S.* ⁽¹¹⁾ et *Michaud* ⁽¹²⁾, même si les jugements au fond de Strasbourg ne mettent pas en cause le droit de l'Union. Dans ce cas, l'adhésion avec les garanties offertes par le système de codéfendeur et l'implication préalable de la Cour de justice offrent de sérieuses garanties. Mais, dans ce domaine comme dans celui des relations avec le droit constitutionnel national, la solution ne peut être trouvée exclusivement dans la hiérarchie des normes comme le note, dans une étude récente, le juge Tizzano, fervent avocat du dialogue des juges ⁽¹³⁾.

Nos orateurs auxquels je donne immédiatement la parole vont sans aucun doute nous apporter des réponses éclairantes sur tous ces points.

⁽⁸⁾ Arrêt du 26 février 2013, Melloni (C399/11, non encore publié au Recueil).

⁽⁹⁾ Arrêt du 22 décembre 2010, Sayn-Wittgenstein (C208/09, Rec. p. I13693); voir aussi arrêt du 14 octobre 2004, Omega (C36/02, Rec. p. I9609).

⁽¹⁰⁾ Arrêt du 30 mai 2013, F (C168/13 PPU, non encore publié au Recueil).

⁽¹¹⁾ Cour eur. D. H., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011 (requête n° 30696/09).

⁽¹²⁾ Cour eur. D. H., arrêt *Michaud c. France* du 6 décembre 2012 (requête n° 12323/11).

⁽¹³⁾ «Il ne s'agit pas évidemment de rechercher une harmonie parfaite entre ces Cours, parce que, par sa nature même, la définition des valeurs s'enrichit, plus qu'avec l'uniformité, avec la pluralité des contributions. On ne peut donc exclure la possibilité de contradictions [...]. Il ne s'agit pas non plus d'assurer nécessairement une solution immédiate et définitive d'un conflit éventuel. Il s'agit, plutôt, d'assurer le développement informel d'un "European judicial dialogue" qui, comme cela a été souligné avec vigueur, "manages conflicts over time in a process of constant 'mutual accomodation'"», *Notes sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne*, Mélanges Mengozzi, Bruylant, 2013, p. 223, 244. La citation en anglais dans le texte est tirée de Torres Perez, A., *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford University Press, 2009, p. 111.



L'arrêt *Van Gend en Loos* et la citoyenneté de l'Union

Astrid Epiney ⁽¹⁾

PRÉSIDENTE DU CONSEIL SUISSE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE

1. INTRODUCTION

135

EN 1963, IL N'ÉTAIT PROBABLEMENT ni possible de prévoir le développement du concept de la citoyenneté européenne tel qu'il est aujourd'hui ancré dans le TFUE, ni celui de la jurisprudence y relative, qui a précisé plusieurs aspects de la portée juridique de ce principe et des droits des individus.

Le développement de la citoyenneté européenne, que ce soit dans les traités ou dans la jurisprudence de la CJUE, n'est toutefois pas imaginable indépendamment des principes consacrés par l'arrêt *Van Gend en Loos*; cet arrêt représente, en d'autres termes, une condition, respectivement un premier pas vers la citoyenneté européenne et les droits qui en découlent. Dans ce sens, l'arrêt *Van Gend en Loos* peut être considéré comme une sorte de matrice dans laquelle s'est inscrite la construction de la citoyenneté européenne, tant au niveau législatif qu'au niveau jurisprudentiel. On trouve ainsi, dans certains principes développés dans cet arrêt (en particulier ceux relatifs aux droits des individus), les racines de la citoyenneté européenne et des droits qui en découlent, respectivement des droits des citoyens européens.

(1) L'auteure remercie M. Robert Mosters, LL.M., pour la relecture du texte et ses remarques ainsi que M. Gaëtan Blaser, MLaw, pour son aide précieuse quant à la finalisation linguistique du texte.

L'objectif de la présente contribution est de préciser la fonction précurseure de l'arrêt *Van Gend en Loos* vis-à-vis du développement de la citoyenneté européenne, tout en démontrant en quoi ce concept va au-delà des principes consacrés dans cet arrêt et les développe (II). Sur cette base et en partant de la jurisprudence de la CJUE, nous nous efforcerons ensuite de systématiser et de préciser la structure et les principes de la citoyenneté européenne et des droits qui en découlent (III). Nous terminerons par une brève conclusion (IV).

Il n'est toutefois pas possible de prendre ici en considération tous les aspects relatifs à la citoyenneté européenne; nous nous limiterons ainsi à trois éléments clés, à savoir les conditions d'accès et de perte de la citoyenneté européenne, le droit à la libre circulation et au séjour dans les États membres et l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité dans le cadre d'un tel séjour. Nous laisserons ainsi de côté d'autres droits des citoyens européens, qui sont à notre avis moins centraux d'un point de vue conceptuel ⁽²⁾. Nous renoncerons par ailleurs, notamment pour une raison de place, à des références bibliographiques détaillées ⁽³⁾.

⁽²⁾ Notamment le droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales, le droit de bénéficier de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre et le droit d'adresser des pétitions aux organes de l'Union, voir article 20, alinéa 2, TFUE. Ces droits sont toutefois également d'une grande importance.

⁽³⁾ La doctrine relative à la citoyenneté européenne et à certains de ses aspects (par exemple la question de l'accès à des prestations sociales) est abondante. L'objet de cette contribution n'a toutefois jusqu'à maintenant fait l'objet d'aucune étude particulière. Pour la doctrine relative aux questions de citoyenneté européenne, voir notamment (avec d'autres références) Myriam Benlolo Carabot, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles 2007; Patrick Dollat, *La citoyenneté européenne. Théorie et statuts*, Bruxelles 2008; Anastasia Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles 2008; Luca Manigrassi, *Vers une citoyenneté européenne fédérale? Quelques réflexions sur l'arrêt «Zambrano»*, RDUE, 2011, p. 411 ss; Jo Shaw, «Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism», dans Craig/de Burca (éd.), *The Evolution of EU Law*, 2^e éd., Oxford, 2011, p. 575 ss; Anne Pieter van der Mei, *The Outer Limits of the Prohibition of Discrimination on Grounds of Nationality: A Look Through the Lens of Union Citizenship*, MJ, 2011, p. 62 ss; Floris de Witte, *The End of EU Citizenship and the Means of Non-Discrimination*, MJ, 2011, p. 86 ss; Dimitry Kochenov/Richard Plender, *EU Citizenship: From an Incipient Form to an Incipient Substance? The Discovery of the Treaty Text*, ELR, 2012, p. 369 ss; Aline Tryfonidou, *Redefining the Outer Boundaries of EU Law: The Zambrano, McCarthy and Dereci trilogy*, EPL, 2012, p. 493 ss; Danièle Gallo, *Développements récents en matière de citoyenneté européenne et regroupement familial*, RDUE, 2012, p. 101 ss; Erik Sommer, *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern*, Jena, 2009; Ferdinand Wollenschläger, *Grundfreiheit ohne Markt*, Tübingen, 2007; Christoph Schönberger, *Unionsbürger*, Tübingen, 2005; David Rabenschlag, *Leitbilder der Unionsbürgerschaft*, Baden-Baden, 2009; Rosmarie Höfler, *Die Unionsbürgerfreiheit, Ansprüche der Unionsbürger auf allgemeine Freizügigkeit und*

2. LES ÉLÉMENTS CLÉS DE L'ARRÊT *VAN GEND EN LOOS* EN RELATION AVEC LE DÉVELOPPEMENT DE LA CITOYENNETÉ EUROPÉENNE ET DES DROITS QUI EN DÉCOULENT

L'arrêt *Van Gend en Loos* se réfère à différents grands principes du droit constitutionnel de l'Union. Afin de déterminer dans quel sens la citoyenneté européenne peut être considérée comme un développement des principes formulés dans cet arrêt, ceux relatifs aux droits des individus sont particulièrement importants. Dans ce contexte, trois aspects doivent être relevés en priorité :

- Premièrement — et comme point de départ —, la Cour a affirmé le principe selon lequel le traité constitue un nouvel ordre juridique dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants. Le traité consacre ainsi (également) des droits individuels. Ceux-ci sont directement applicables, indépendants du droit national et découlent directement, sans nécessiter de transposition en droit national, du droit de l'Union. L'arrêt *Van Gend en Loos* laissait ainsi déjà apparaître en 1963 un concept spécifique de droits individuels qui se distingue des conceptions nationales. La citoyenneté européenne, quant à elle, n'est pas concevable indépendamment de ce principe; son objectif, sa portée, voire son essence étant précisément de conférer des droits individuels aux citoyens européens (voir article 20, alinéa 2, TFUE). Ces droits sont définis — comme dans l'arrêt *Van Gend en Loos* — exclusivement sur la base du droit de l'Union et ils vont ainsi au-delà des droits conférés par les différents droits nationaux à leurs ressortissants.

Par rapport à la question de savoir si une disposition du traité (ou du droit dérivé) confère effectivement des droits individuels, il semble par ailleurs que la jurisprudence de la Cour a repris des éléments de différents ordres juridiques nationaux et les a « unis » dans un nouveau concept de droit de l'UE (« *normative Interessentenklage* »). Ainsi, la nécessité de l'existence de l'intérêt d'un particulier reflète un aspect propre au droit français, alors que le fait que l'objectif de la protection

Gleichheit unter besonderer Berücksichtigung sozialer Rechte, Berlin, 2009; Daniel Thym, *Hindernisse auf dem Weg zur «wahrhaftigen» Unionsbürgerschaft – Zu den strukturellen Grenzen der EuGH-Rechtsprechung*, ZEuS, 2012, p. 501 ss.

d'un tel intérêt doit ressortir de la disposition en question est une idée ancrée par exemple en droit allemand, mais aussi en droit italien ⁽⁴⁾.

- Deuxièmement — et en lien étroit avec le premier aspect —, la Cour a reconnu à un particulier la possibilité de faire valoir devant les juridictions nationales des droits conférés par le droit de l'Union à l'encontre des États membres, et également contre l'État membre dont il a la nationalité. Ce principe a été affirmé dans l'arrêt *Van Gend en Loos* par rapport à l'article 30 TFUE, mais il a été aujourd'hui repris et élargi dans le cadre de la citoyenneté européenne ⁽⁵⁾. Il semble en effet que la possibilité de faire valoir ses droits devant les juridictions nationales contre les États membres soit un corollaire du droit individuel matériel, nécessaire pour garantir l'effectivité de celui-ci.
- Troisièmement, la Cour a développé la théorie de l'effet utile du droit de l'Union, qui doit être utilisée pour déterminer l'existence et le contenu, respectivement l'étendue, des droits individuels spécifiques et directement applicables. Il n'est ainsi pas nécessaire que la disposition du droit de l'Union envisagée formule expressément un droit individuel, mais il suffit qu'elle cherche clairement à protéger un tel droit, respectivement qu'elle concerne un tel droit, et ce même si elle est formulée comme une interdiction à l'égard des États membres (comme c'est par exemple le cas de l'article 30 TFUE). La jurisprudence de la CJUE relative à la citoyenneté européenne reprend cet élément de l'effet utile, notamment en reconnaissant l'effet direct de l'article 21 TFUE (droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres) ⁽⁶⁾ et en définissant les conditions auxquelles il est possible de déduire de la citoyenneté européenne des droits de séjour pour des ressortissants d'États tiers ⁽⁷⁾. La méthode et le fondement de ces précisions jurisprudentielles semblent être dans les grandes lignes parallèles aux principes

⁽⁴⁾ Voir en détail par rapport à cette question Astrid Epiney, *Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, VVDStRL, 61, 2002, 362 (393 ss).

⁽⁵⁾ Par rapport à la citoyenneté européenne, voir CJUE, aff. C-434/09 (*McCarthy*), arrêt du 5 mai 2011, point 48; CJUE, aff. C-256/11 (*Dereci*), arrêt du 15 novembre 2011, point 63.

⁽⁶⁾ CJUE, aff. C-413/99 (*Baumbast*), Rec. 2002, I-7091.

⁽⁷⁾ Voir notamment CJUE, aff. C-200/02 (*Zhu et Chen*), Rec. 2004, I-9925; CJUE, aff. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), arrêt du 8 mars 2011. Voir par rapport à cette question encore les remarques sous III.

déjà sous-jacents dans l'arrêt *Van Gend en Loos* (effet utile et effectivité du droit de séjour des citoyens européens).

Dans l'ensemble, on peut ainsi conclure de ce qui précède que les éléments clés du concept de la citoyenneté européenne — à savoir le fait que le droit de l'Union consacre des droits individuels précis, d'applicabilité directe, qui peuvent être invoqués devant les juridictions des États membres et dont le contenu et l'étendue exacte doivent être déterminés sur la base de leur effet utile — sont déjà présents dans l'arrêt *Van Gend en Loos*. Le concept de la citoyenneté européenne et les droits qui en découlent se basent ainsi sur une approche déjà présente en droit de l'Union depuis 1963 et il n'aurait probablement pas été possible, du point de vue de la construction juridique, de concevoir la citoyenneté européenne telle qu'elle est ancrée aujourd'hui dans les traités sans la reconnaissance dans l'arrêt *Van Gend en Loos* des principes évoqués ci-dessus. L'introduction de la citoyenneté européenne et des droits qui en découlent dans les traités peut donc être considérée comme une suite et un développement de l'arrêt *Van Gend en Loos*.

On ne saurait cependant affirmer que la citoyenneté européenne et les droits qui en découlent (notamment le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres) avaient déjà été «inclus» tels quels dans l'arrêt *Van Gend en Loos*. En effet, de nombreux aspects de la citoyenneté européenne et des droits conférés aux citoyens européens vont au-delà des principes formulés dans cet arrêt ⁽⁸⁾, et il était ainsi pleinement nécessaire — notamment au vu de l'élargissement des droits conférés aux individus — d'introduire la citoyenneté européenne, respectivement les droits qui en découlent, dans les traités.

Le concept de la citoyenneté européenne tel qu'introduit dans les traités soulève par ailleurs de nouvelles questions:

- Comme la Cour l'a souligné à maintes reprises, le statut de citoyen de l'Union a pour vocation d'être le statut fondamental des ressortissants des États membres ⁽⁹⁾. Il ressort de cette affirmation — qui ne se trouve pas telle quelle dans les traités mais que la Cour déduit en dernier lieu

⁽⁸⁾ Voir également à ce propos les remarques sous IV.

⁽⁹⁾ CJUE, aff. C-184/99 (*Grzelczyk*), Rec. 2001, I-6193, point 31; CJUE, aff. C-135/08 (*Rottmann*), Rec. 2010, I-1449, point 43; CJUE, aff. C-256/11 (*Dereci*), arrêt du 15 novembre 2011, point 62; CJUE, aff. C-364/10 (*Hongrie/Slovaquie*), arrêt du 16 octobre 2012, point 40.

du concept de citoyenneté — qu'il ne s'agit plus seulement d'un droit «isolé», mais en quelque sorte d'un droit plus «central» ou «global». Il semble que cette qualification ait en particulier des implications pour la délimitation du champ d'application des traités au sens de l'article 18 TFUE ainsi que pour définir les conditions sous lesquelles il est possible de perdre la citoyenneté européenne ou de déduire du droit des citoyens européens de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres un droit équivalent pour des ressortissants d'États tiers. La question se pose toutefois de savoir dans quelle mesure cette caractérisation de la citoyenneté représente véritablement une plus-value qualitative par rapport aux droits préalablement conférés aux citoyens européens et, partant, aux principes déjà énoncés dans l'arrêt *Van Gend en Loos* ⁽¹⁰⁾.

- Alors que les droits individuels conférés par le traité étaient, dans un premier temps, conçus essentiellement comme des «droits économiques», le concept de la citoyenneté a considérablement élargi le nombre et la nature de ceux-ci. Le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres semble ainsi indéniablement constituer aujourd'hui un véritable droit fondamental — désigné d'ailleurs par la CJUE comme «liberté fondamentale» ⁽¹¹⁾, ce qui s'explique avant tout par le fait qu'une telle liberté lie pleinement les États membres ⁽¹²⁾ — susceptible de s'appliquer (dans certaines constellations) également en l'absence de tout lien d'extranéité [par exemple dans les situations dans lesquelles des mesures nationales ont pour effet de priver le citoyen de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut ⁽¹³⁾]. Le caractère plus «global» des droits conférés aux citoyens européens, par rapport aux droits plus «isolés» de caractère économique, implique par ailleurs — en se référant à l'effet utile — que des mesures nationales ne touchant qu'indirectement les citoyens européens (par exemple l'interdiction de séjour pour des membres de la famille du citoyen européen) peuvent, dans certains cas, être consi-

⁽¹⁰⁾ Voir à ce propos encore les remarques sous IV.

⁽¹¹⁾ Voir par exemple CJUE, aff. C-375/98 (*Yiadom*), Rec. 2000, I-9265, points 23 ss.

⁽¹²⁾ Contrairement aux droits fondamentaux qui s'adressent aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, article 51, alinéa 1, de la charte des droits fondamentaux.

⁽¹³⁾ CJUE, aff. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), arrêt du 8 mars 2011, point 42; CJUE, aff. C-256/11 (*Dereci*), arrêt du 15 novembre 2011, point 64.

dérées, si elles empêchent la jouissance effective des droits des citoyens européens, comme constituant une entrave à ces droits — en particulier les droits de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ⁽¹⁴⁾.

Ces divers élargissements soulèvent de (nouvelles) questions spécifiques, telles que celle de savoir sous quelles conditions un citoyen européen peut être considéré comme privé de la jouissance effective de «l'essentiel des droits» conférés par le statut de citoyen européen ou celle de savoir sous quelles conditions une entrave à certains droits des citoyens (en particulier celui de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres et l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité) peut être tout de même justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général. Ces questions — qui semblent être essentielles pour déterminer la portée exacte du statut de citoyen européen — n'ont pas encore été toutes clarifiées par la jurisprudence ⁽¹⁵⁾.

Il semble donc pertinent de traiter ici quelques questions spécifiques à la portée de la citoyenneté européenne et des droits qui en découlent, en se concentrant en particulier sur le rôle que peuvent jouer les principes développés dans l'arrêt *Van Gend en Loos* pour préciser la portée exacte du statut de citoyen européen (III). Cette étude nous permettra ensuite de déterminer dans la conclusion (IV) quels sont les nouveaux éléments que l'introduction de la citoyenneté européenne a effectivement apportés dans le traité par rapport aux principes qui étaient déjà présents dans l'arrêt *Van Gend en Loos*.

3. LA PORTÉE DU STATUT DE CITOYEN EUROPÉEN ÉTUDIÉE SOUS L'ANGLE DE LA JURISPRUDENCE *VAN GEND EN LOOS* — ASPECTS CHOISIS

En considérant la portée du statut de citoyen européen, respectivement des droits qui en découlent, trois aspects (déjà mentionnés dans l'introduction) semblent revêtir une importance particulière: les conditions d'accès et de perte de la citoyenneté européenne (voir point 1), le droit à la libre circulation et au séjour dans les États membres (voir point 2) et l'interdiction de discrimination

⁽¹⁴⁾ Voir en ce sens CJUE, aff. C-200/02 (*Zhu et Chen*), Rec. 2004, I-9925.

⁽¹⁵⁾ Certains aspects ont certes été abordés dans la jurisprudence, mais la portée exacte de celle-ci reste à préciser; d'autres questions n'ont pas encore fait l'objet d'arrêts de la Cour.

en raison de la nationalité dans le cadre d'un tel séjour (voir point 3). Nous aborderons brièvement ces trois éléments sur la base de la jurisprudence de la Cour, en essayant autant que possible, tout en apportant quelques précisions à leur sujet, de les mettre en lien avec l'arrêt *Van Gend en Loos*.

1. CONDITIONS D'ACCÈS ET DE PERTE DU STATUT DE CITOYEN EUROPÉEN

L'article 20, alinéa 1, TFUE consacre le caractère accessoire de la citoyenneté: toute personne ayant la nationalité d'un État membre est ainsi également citoyenne de l'UE. La citoyenneté de l'Union est par conséquent liée à la nationalité d'un État membre, et ceux-ci sont en principe libres de déterminer sous quelles conditions une personne acquiert et perd leur nationalité⁽¹⁶⁾. Selon la Cour, le droit de l'Union est cependant également applicable, et donc à respecter, lorsqu'une réglementation nationale tombe dans le champ d'application des traités (la Cour se réfère ici à sa jurisprudence relative à l'article 18 TFUE). Cela peut notamment être le cas d'une décision concernant l'acquisition ou la perte de la nationalité d'une personne. Puisqu'une telle décision est susceptible d'affecter les droits conférés et protégés par le droit de l'Union (en l'occurrence, une décision relative à la perte de la nationalité entraîne la perte du statut de citoyen européen), les États membres doivent respecter les prérogatives du droit de l'Union lors de telles décisions⁽¹⁷⁾.

Cette approche est particulièrement intéressante au vu du caractère a priori accessoire du statut de citoyen européen. Celui-ci se trouve en effet relativisé dans la mesure où, du fait que la nationalité d'un État membre «entraîne» également la citoyenneté européenne, les prérogatives du droit de l'Union s'appliquent dans les situations où les mesures nationales déploient un effet sur les droits conférés et protégés par le droit de l'Union. Comme l'arrêt *Rottmann* l'illustre parfaitement, les États membres ne sont ainsi pas totalement libres de déterminer à quelles conditions leur nationalité s'acquiert ou se perd. Dans ce sens, la citoyenneté européenne — en dépit de son caractère accessoire — a donc une existence propre et est source de droits individuels; elle ne constitue pas seulement une sorte de «symbole» de l'Union «politique».

⁽¹⁶⁾ CJUE, aff. C-369/90 (*Micheletti*), Rec. 1992, I-4239, point 10; CJUE, aff. C-179/98 (*Mesbah*), Rec. 1999, I-7955, point 29; CJUE, aff. C-200/02 (*Zhu et Chen*), Rec. 2004, I-9925; CJUE, aff. C-135/08 (*Rottmann*), Rec. 2010, I-1449, point 39.

⁽¹⁷⁾ CJUE, aff. C-135/08 (*Rottmann*), Rec. 2010, I-1449, point points 43 ss. En principe, le droit de l'Union permet toutefois de prendre une décision de retrait de nationalité en raison de manœuvres frauduleuses; le principe de proportionnalité doit dans tous les cas être respecté.

Ce point de vue semble être parfaitement dans la ligne de l'arrêt *Van Gend en Loos*. La Cour y avait en effet déjà mis en évidence que la portée des droits conférés par le droit de l'Union doit nécessairement être déterminée selon le droit de l'Union lui-même, celui-ci constituant la source de ces droits. Cette approche se justifie également selon le principe de l'effet utile. Par conséquent, dès que le droit de l'Union confère un droit — a fortiori s'il s'agit du statut fondamental des ressortissants des États membres, accordé et défini justement par le droit de l'Union —, toute mesure susceptible de l'affecter doit respecter les prérogatives du droit de l'Union. Non seulement le contenu de ce droit spécifique, mais également le cercle de ses ayants droit doivent ainsi être déterminés en appliquant les dispositions pertinentes du droit de l'Union. Toute autre approche aurait pour conséquence de permettre aux États membres de restreindre de manière arbitraire la portée des droits conférés par l'Union. Le fait que le droit de l'Union — interprété à la lumière du droit international — confère aux États membres le droit de déterminer à quelles conditions une personne acquiert et perd la nationalité ne contredit pas cette approche car, comme le relève la Cour, cette compétence doit justement être exercée dans le respect du droit de l'Union.

La CJUE n'a jusqu'à présent fait référence à cette approche que dans une situation dans laquelle la perte de la nationalité entraînait (en principe) par ricochet la perte de la citoyenneté européenne. L'arrière-fond du raisonnement de la Cour, interprété à la lumière de l'arrêt *Van Gend en Loos*, plaide cependant en faveur de l'application de ces principes également dans les cas portant sur l'acquisition de la nationalité; la personne concernée dans ce cas de figure ne perd certes pas de droits, mais dans la mesure où cette personne aurait «automatiquement» obtenu le statut fondamental de citoyen de l'Union si elle avait eu accès à la nationalité, le refus de l'octroi de cette nationalité représente également une mesure qui affecte les droits conférés et protégés par l'ordre juridique de l'Union.

Il reste à définir quelles sont les dispositions du droit de l'Union qui doivent être respectées dans ce genre de situation. Il nous semble que l'article 51, alinéa 1, de la charte des droits fondamentaux peut être appliqué, car on se trouve ici dans une situation dans laquelle les États membres, en prenant des mesures qui entraînent l'acquisition ou la perte du statut de citoyen européen, mettent en quelque sorte en œuvre le droit de l'Union. Les États membres doivent ainsi appliquer des critères qui respectent les principes généraux de l'État de droit, en particulier les droits fondamentaux et le principe de proportionnalité. De bonnes raisons plaident cependant pour accorder aux

États membres une marge de manœuvre plus grande quand ils prennent des mesures concernant l'acquisition de la nationalité que lorsque ces mesures ont trait à la perte de celle-ci et donc à celle du statut fondamental de citoyen de l'Union qui l'accompagne.

2. ÉTENDUE DU DROIT DE CIRCULER ET DE SÉJOURNER DES CITOYENS DE L'UNION

Le droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, ancré à l'article 21, alinéa 1, TFUE, constitue sans aucun doute le droit le plus important conféré aux citoyens, et donc le plus important du statut de citoyen européen⁽¹⁸⁾. Comme elle l'avait fait pour l'article 30 TFUE dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour a reconnu l'applicabilité directe de cette disposition dans l'arrêt *Baumbast*⁽¹⁹⁾. Elle y a cependant développé sa jurisprudence relative aux conditions de l'applicabilité directe puisque, en reconnaissant celle-ci, elle admet la possibilité des citoyens européens de se prévaloir de l'article 21 TFUE, malgré le fait que cette disposition se réfère expressément aux «conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application» et que ces dispositions sont précisément susceptibles de contenir des limitations à ce droit. La motivation de la Cour est ici double: elle souligne tout d'abord — après avoir fait référence au statut fondamental des ressortissants des États membres que constitue la citoyenneté européenne — que le droit conféré aux citoyens européens par l'article 21 TFUE est suffisamment clair et précis et qu'il est donc directement applicable et, deuxièmement, elle affirme que la «réserve» faite en faveur des dispositions, notamment, de droit dérivé ne saurait en aucun cas altérer ce droit, ces dispositions étant au surplus soumises au contrôle de la Cour. En d'autres termes, le droit conféré à l'article 21 TFUE est un «droit complet» en vertu du droit primaire; les éventuelles limitations apportées par des dispositions de droit dérivé doivent ainsi non seulement être interprétées à la lumière du droit primaire, mais elles doivent en plus déjà découler de ce droit. L'article 21 TFUE contient en quelque sorte des limitations inhérentes et non écrites en faveur du droit qu'il confère et que le législateur de l'Union est appelé à concrétiser. Cette approche a de quoi convaincre: elle seule permet de garantir qu'un droit

⁽¹⁸⁾ La Cour a toutefois constaté que l'article 21 TFUE ne s'applique pas aux chefs d'État (du moins lorsqu'ils entreprennent une visite à ce titre), le droit international pouvant justifier une telle entrave aux droits conférés par cet article, voir CJUE, aff. C-364/10 (*Hongrie/Slovaquie*), arrêt du 16 octobre 2012.

⁽¹⁹⁾ CJUE, aff. C-413/99 (*Baumbast*), Rec. 2002, I-7091. Voir aussi CJUE, aff. C-456/02 (*Trojani*), Rec. 2004, I-7573.

formulé de manière claire et nette dans le traité ne peut pas être anéanti par des dispositions du droit dérivé. L'argument de l'effet utile joue également un rôle dans ce contexte.

Sur cette base, la Cour a ainsi précisé et appliqué le droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres dans plusieurs arrêts. La prise en considération de la théorie de l'effet utile y joue régulièrement un rôle important, implicitement ou explicitement. La Cour a notamment précisé les aspects suivants:

- Considérant le droit des citoyens de circuler et de séjourner librement dans les États membres comme une «liberté fondamentale» ⁽²⁰⁾, la CJUE a affirmé que les États membres ne doivent pas prendre de mesures portant atteinte à la «substance même du droit de séjour» conféré par le droit de l'Union. Selon la Cour, cela est par exemple le cas d'une mesure d'éloignement automatique dans un délai déterminé, qui fait suite à un défaut de production des justificatifs nécessaires à la délivrance d'une carte de séjour par un ayant droit ⁽²¹⁾. On peut en déduire que, en cas d'atteinte à la substance même du droit de l'article 21 TFUE, la mesure nationale concernée doit être considérée comme n'étant pas compatible avec le traité. Il s'agit ici, en d'autres termes, d'une limitation générale et abstraite de la possibilité d'entraver le droit conféré par l'article 21 TFUE et non pas d'un principe applicable au niveau de la justification d'une entrave (lors duquel une pesée des intérêts est effectuée dans le cadre de l'examen de la proportionnalité). Cette construction rappelle celle des droits fondamentaux: l'article 52, alinéa 1, de la charte des droits fondamentaux précise en effet que le «contenu essentiel» des droits doit, dans tous les cas, être respecté. Il est intéressant de relever qu'en allemand la CJUE recourt au terme de «*Wesensgehalt*», terme qui est aussi utilisé dans la version allemande de l'article 52, alinéa 1, de la charte.
- Les mesures susceptibles de rendre moins attractif l'exercice du droit de séjour dans un autre État membre (telles que des mesures fiscales ou une obligation de séjour régulier dans un État comme condition pour une prestation étatique) doivent être considérées comme des entraves au droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner sur le ter-

⁽²⁰⁾ Voir ci-dessus, chapitre II.

⁽²¹⁾ CJUE, aff. C-408/03 (*Commission/Belgique*), Rec. 2006, I-2547, points 67 ss.

ritoire des États membres. Celles-ci peuvent toutefois être justifiées; la CJUE applique ici, pour l'essentiel, les mêmes principes que dans le cadre des libertés fondamentales classiques ⁽²²⁾.

- De manière générale, des mesures nationales qui peuvent, d'une façon ou d'une autre, rendre plus difficile l'exercice du droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres tombent également dans le champ d'application de l'article 21 TFUE. Dans ce contexte, la CJUE a ainsi, par exemple, examiné une réglementation concernant le nom d'une personne ⁽²³⁾.

La Cour a par ailleurs élargi la portée du droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, avant tout dans deux directions qui sont intimement liées entre elles:

- La Cour a tout d'abord affirmé dans l'arrêt *Zhu et Chen* ⁽²⁴⁾ que le droit de séjour d'un citoyen européen peut également impliquer un droit de séjour pour d'autres personnes — également des ressortissants d'États tiers — pour autant que leur séjour soit nécessaire pour que le citoyen européen puisse exercer son droit de séjour découlant de l'article 21 TFUE de manière effective. Cela est notamment le cas dans la situation d'un enfant ressortissant d'un État membre qui a besoin d'une personne qui s'occupe de lui. Le droit de séjour dans un autre État membre n'est par ailleurs pas dépendant du fait que l'ayant droit a déjà fait usage de son droit à la libre circulation, de sorte qu'il suffit que celui-ci soit titulaire de la nationalité d'un (autre) État membre. Cet aspect souligne une fois de plus le caractère de droit fondamental du droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres.

⁽²²⁾ Voir par exemple CJUE aff. C-406/04 (*de Cuyper*), Rec. 2006, I-6947; CJUE, aff. C-520/04 (*Turpeinen*), Rec. 2006, I-10685; CJUE, aff. C-345/05 (*Commission/Portugal*), Rec. 2006, I-10633; CJUE, aff. jtes C-11/06 et C-12/06 (*Morgan*), Rec. 2007, I-9161; CJUE, aff. C-544/07 (*Rüffler*), Rec. 2009, I-3389; CJUE, aff. C-522/10 (*Reichel-Albert*), arrêt du 19 juillet 2012; voir aussi CJUE, aff. C-33/07 (*Jipa*), Rec. 2008, I-5157, où il s'agissait d'une interdiction de quitter le pays prononcée par l'État d'origine afin de protéger l'ordre et la sécurité publics, une mesure qui semble ne pouvoir être justifiée que très difficilement.

⁽²³⁾ CJUE, aff. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*), arrêt du 22 décembre 2012.

⁽²⁴⁾ CJUE, aff. C-200/02 (*Zhu et Chen*), Rec. 2004, I-9925; voir aussi CJUE, aff. C-408/03 (*Commission/Belgique*), Rec. 2006, I-2547.

Reprenant une approche déjà amorcée dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, la CJUE déduit un droit de séjour dérivé des personnes ressortissantes d'États tiers en recourant à l'effet utile du droit consacré à l'article 21 TFUE. Il reste cependant à déterminer à quelles conditions le séjour d'une autre personne est effectivement nécessaire à l'effectivité du droit de séjour d'un enfant et si un tel droit de séjour dérivé est aussi imaginable dans d'autres situations que celle d'un enfant mineur (par exemple celle d'une personne majeure non capable de discernement ou celle d'une personne majeure nécessitant l'aide d'une tierce personne).

- Développant cette approche, la Cour a admis que des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de «l'essentiel des droits conférés» par le statut de citoyen européen sont incompatibles avec les articles 20 et 21 TFUE. Selon la Cour, tel est notamment le cas d'un refus de séjour et d'un refus d'octroi d'un permis de travail opposé à une personne, ressortissante d'un État tiers, dans l'État membre où résident ses enfants en bas âge, ressortissants dudit État membre et dont elle assume la charge ⁽²⁵⁾. Par la suite, la Cour a précisé que ce critère se réfère à des situations caractérisées par le fait que le citoyen de l'Union se voit obligé, de fait, de quitter le territoire de l'Union ⁽²⁶⁾. Cette condition n'est ainsi, par exemple, pas remplie dans une situation où une autorisation de séjour dans le pays d'origine du citoyen de l'UE est refusée à son conjoint, ressortissant d'un État tiers, puisque ce refus n'implique pas pour le citoyen européen d'obligation de quitter le territoire de l'Union. Cette condition n'est également pas remplie dans une situation impliquant une autorisation de séjour pour un membre de la famille d'un citoyen européen n'ayant jamais exercé son droit à la libre circulation ⁽²⁷⁾. Dans ce dernier cas, où un séjour dans l'État membre en question pour toute la famille n'est que «souhaitable» (pour des raisons économiques ou d'autres raisons), le citoyen européen ne se voit en effet pas vraiment contraint de quitter le territoire de l'Union. La Cour précise par ailleurs que le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen européen revêt un caractère «très particulier»

⁽²⁵⁾ CJUE, aff. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), arrêt du 8 mars 2011, points 42 ss.

⁽²⁶⁾ CJUE, aff. C-434/09 (*McCarthy*), arrêt du 5 mai 2011, points 48 ss.; CJUE, aff. C-256/11 (*Dereci*), arrêt du 15 novembre 2011, points 64 ss.; voir aussi CJUE, aff. C-40/11 (*Iida*), arrêt du 8 novembre 2012.

⁽²⁷⁾ Raison pour laquelle le droit dérivé (notamment la directive 2004/38) n'est pas applicable.

dans le sens où il couvre (seulement) les situations dans lesquelles le refus d'octroyer un droit de séjour pour un ressortissant d'un État tiers (membre de la famille d'un citoyen européen) implique la méconnaissance de l'effet utile reconnu à la citoyenneté européenne ⁽²⁸⁾.

Le droit des citoyens européens de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres est ainsi un véritable droit fondamental applicable indépendamment d'un quelconque lien d'extranéité dès lors que «l'essentiel des droits conférés» («*Kernbestand*») par la citoyenneté européenne est touché (cette question avait pu être laissée ouverte dans l'arrêt *Zhu et Chen* car l'enfant concerné avait la nationalité d'un autre État membre que celui de résidence). Il reste cependant à définir à quelles conditions l'essentiel des droits conférés par la citoyenneté européenne est effectivement touché; la Cour semble considérer ici la présence d'une obligation de fait de quitter le territoire de l'Union comme déterminante. De plus, si le cas d'enfants mineurs, ressortissants d'un État membre, et de leurs parents, ressortissants d'États tiers, constitue le cas d'application le plus clair et le plus fréquent, d'autres situations ne semblent pas devoir être exclues d'emblée, par exemple celle d'une personne dépendante de soins prodigués par un proche. Par ailleurs, la question de la détermination de l'âge à partir duquel un enfant (mineur) ne doit plus être considéré comme ayant besoin de ses parents reste également ouverte. Si le point de départ pour répondre à ces questions est — comme la Cour l'a souligné — l'effet utile des droits conférés par la citoyenneté européenne, il semble que la formulation de critères généraux et abstraits ne saurait satisfaire aux exigences du droit de l'Union; il convient en effet davantage de se demander dans chaque situation concrète si la mesure nationale entraîne une obligation de fait de quitter le territoire de l'Union.

La CJUE n'a, jusqu'ici, pas eu à se prononcer sur la question d'un refus, pour des raisons d'ordre et de sécurité publics, de l'octroi d'un droit de séjour à un ressortissant d'État tiers, membre de la famille d'un citoyen européen (et qui implique que le citoyen européen est obligé de quitter le territoire de l'Union): puisqu'une telle limitation est possible dans le cadre des droits fondamentaux et des libertés fondamentales, de bonnes raisons semblent ici plaider en faveur de la compatibilité d'une telle mesure avec le droit de l'Union, la mesure nationale

⁽²⁸⁾ CJUE, aff. C-256/11 (*Dereci*), arrêt du 15 novembre 2011, point 67.

devant toutefois respecter le principe de proportionnalité et prendre en compte le fait que l'essentiel des droits conférés par la citoyenneté européenne est en jeu. À notre sens, des raisons économiques (par exemple l'impossibilité du citoyen européen et de ses parents de subvenir à leurs besoins) ne pourraient par contre pas être alléguées pour limiter «l'essentiel des droits conférés par la citoyenneté européenne», cette possibilité n'étant pas compatible avec l'effet utile reconnu à ces droits qui implique une interprétation restrictive des exceptions.

3. DROIT DE SÉJOUR, INTERDICTION DE DISCRIMINATION EN RAISON DE LA NATIONALITÉ ET JUSTIFICATION

Le droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres joue un grand rôle dans le cadre de l'application de l'article 18 TFUE (interdiction de discrimination en raison de la nationalité). La Cour affirme en effet dans une jurisprudence constante que les citoyens européens résidant légalement sur le territoire d'un autre État membre peuvent se prévaloir de l'article 18 TFUE dans toutes les situations relevant du domaine d'application ratione materiae du droit de l'Union, ces situations comprenant notamment celles relevant de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, y compris celle de l'article 21 TFUE ⁽²⁹⁾. Sur cette base, la Cour a examiné la compatibilité avec l'article 18 TFUE de différentes mesures nationales opérant une discrimination formelle ou matérielle dans des domaines relevant en principe de la compétence des États membres. Des réglementations relatives à l'obtention d'une aide accordée aux étudiants, au droit à une prestation sociale telle que le minimex belge, aux conditions d'obtention d'une vignette pour l'utilisation de certaines routes nationales ou encore au nom de famille ont ainsi fait l'objet d'arrêts de la Cour ⁽³⁰⁾. Dans ce type de cas, et pour autant que les réglementations incriminées opèrent directement ou indirectement une distinction en raison de la nationalité, la question centrale pour déterminer leur éventuelle compatibilité avec le droit de l'UE est de savoir si la distinction peut être justifiée; c'est-à-dire si elle est fondée sur des considérations objectives et indépendantes de la nationalité.

⁽²⁹⁾ Voir, déjà, CJUE, aff. C-85/96 (*Martinez Sala*), Rec. 1998, I-2691, point 63; CJUE, aff. C-184/99 (*Grzelczyk*), Rec. 2001, I-6193, points 32 ss.; CJUE, aff. C-274/96 (*Bickel et Franz*), Rec. 1998, I-7637, points 15 ss.; CJUE, aff. C-148/02 (*Garcia Avello*), Rec. 2003, I-11613; CJUE, aff. C-209/03 (*Bidar*), Rec. 2005, I-2119, points 32 ss.; CJUE, aff. C-224/98 (*D'Hoop*), Rec. 2002, I-6191, points 29 ss.; CJUE, aff. C-158/07 (*Förster*), Rec. 2008, I-8507; CJUE, aff. C-103/08 (*Gottwald*), Rec. 2009, I-9117.

⁽³⁰⁾ Voir les références à la note 28.

Cette jurisprudence paraît judicieuse et semble tenir compte de l'effet utile, non seulement de l'article 18 TFUE mais aussi et surtout de celui de l'article 21 TFUE: la garantie d'un droit de libre circulation et de séjour ne peut en effet être effective que si les citoyens européens ressortissants d'autres États membres ne sont pas traités de manière moins favorable que les nationaux en exerçant ce droit. Le concept de la citoyenneté européenne et le droit de circuler et de séjourner librement dans tous les États membres qui en découle impliquent, en d'autres termes, une certaine notion d'égalité entre les citoyens européens, dont le corollaire est une interdiction de discrimination. Dans ce sens, il est donc non seulement cohérent mais également nécessaire que l'exercice des droits découlant de la citoyenneté européenne ouvre en principe le champ d'application des traités au sens de l'article 18 TFUE.

Certaines questions relatives à l'application de l'article 18 TFUE ne semblent toutefois pas être encore entièrement clarifiées dans la jurisprudence de la Cour. Deux aspects revêtent ici une importance particulière:

- Les conditions exactes de l'ouverture du champ d'application de l'article 18 TFUE ne sont tout d'abord pas totalement claires. Ainsi, en affirmant que les situations qui tombent dans le champ d'application des traités au sens de l'article 18 TFUE «comprennent notamment celles relevant de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité et celles relevant de l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article 18 CE [21 TFUE]» ⁽³¹⁾, la Cour peut laisser penser que le seul fait qu'un citoyen européen a exercé son droit de libre circulation suffit pour que le champ d'application de l'article 18 TFUE soit ouvert et qu'il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner en détail si le domaine dans lequel une distinction en raison de la nationalité est opérée tombe, lui aussi, dans le champ d'application rationae materiae des traités. Certains arrêts, se contentant, lors de l'examen de l'ouverture du champ d'application des traités, de constater que le citoyen européen a bel et bien exercé son droit à la libre circulation ⁽³²⁾, peuvent par ailleurs corroborer cette hypothèse. Cependant, dans d'autres arrêts, la CJUE examine — parfois même après avoir constaté que le champ d'application des trai-

⁽³¹⁾ CJUE, aff. C-209/03 (*Bidar*), Rec. 2005, I-2119, point 33; voir, dans le même sens déjà, CJUE, aff. C-184/99 (*Grzelczyk*), Rec. 2001, I-6193, point 33.

⁽³²⁾ Voir par exemple CJUE, aff. C-524/06 (*Huber*), Rec. 2008, I-9705; CJUE, aff. C-103/08 (*Gottwald*), Rec. 2009, I-9117; CJUE, aff. C-158/07 (*Förster*), Rec. 2008, I-8507.

tés est ouvert suite à l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres — si le domaine dans lequel une distinction en raison de la nationalité est opérée relève également du champ d'application matériel des traités ⁽³³⁾; ce procédé a d'ailleurs été repris dans un arrêt récent concernant une réduction de tarifs pour les transports publics pour étudiants ⁽³⁴⁾. Il convient donc de conclure que, pour la Cour, le seul exercice par un citoyen européen de son droit à la libre circulation ne peut suffire à ouvrir le champ d'application des traités et qu'il est également nécessaire que le domaine concerné soit couvert par le champ d'application des traités. Les arrêts pouvant être interprétés dans un autre sens s'expliquent probablement par le fait que la réponse à cette seconde question était claire dans ces cas-là — du moins du point de vue de la Cour.

Ce critère (supplémentaire) ne saurait toutefois limiter de manière véritablement significative le champ d'application des traités, puisqu'il semble qu'un lien quelconque avec le séjour légal soit suffisant ⁽³⁵⁾ — exception faite des domaines ne relevant clairement pas des traités, tels que les élections aux parlements nationaux. Cette définition très large du champ d'application des traités au sens de l'article 18 TFUE est également justifiée en vertu du concept de la citoyenneté et de son effet utile: l'effectivité des droits conférés au travers de la reconnaissance d'un «statut fondamental» des ressortissants des États membres et de celle d'un droit de libre séjour et de circulation implique en effet indéniablement un droit de non-discrimination.

- Le deuxième point à préciser a trait à la justification des distinctions effectuées en raison de la nationalité, respectivement à la question de savoir si celles-ci sont fondées sur des considérations objectives et indépendantes de la nationalité. Dans le contexte de l'accès à des prestations (financières) étatiques, la Cour part de l'idée que les États membres — malgré le fait qu'ils sont tenus de faire preuve d'une certaine solidarité financière — peuvent veiller à ce que l'octroi de prestations (financières) ne devienne pas une charge déraisonnable et ayant

⁽³³⁾ CJUE, aff. C-209/03 (*Bidar*), Rec. 2005, I-2119, points 38 ss.; CJUE, aff. C-224/98 (*D'Hoop*), Rec. 2002, I-6191, points 34 ss.

⁽³⁴⁾ CJUE, aff. C-75/11 (*Commission/Autriche*), arrêt du 4 octobre 2012, points 42 ss.

⁽³⁵⁾ Voir par exemple, par rapport à une aide aux victimes de crimes, CJUE, aff. C-164/07 (*Wood*), Rec. 2008, I-4143.

des conséquences négatives sur le niveau global des prestations. Selon la Cour, il est ainsi «légitime» pour un État membre de n'octroyer certaines prestations qu'à la condition que le bénéficiaire ait démontré un «certain degré d'intégration dans la société de cet État» — la proportionnalité de la mesure étant toujours requise ⁽³⁶⁾. La Cour semble toutefois indiquer que les considérations propres à l'intégration en tant que telle ne peuvent pas constituer une raison justificative, respectivement une considération objective; il est en effet nécessaire que l'État membre invoque une autre raison justificative (par exemple l'équilibre financier de la prestation en cause) et l'intégration dans l'État membre ne constitue alors qu'un critère objectif invocable pour limiter le cercle des ayants droit à la prestation.

Cette approche est convaincante: au vu du statut de citoyen européen et des droits qui en découlent, il est en effet difficilement concevable que l'intégration puisse constituer un objectif propre à justifier une discrimination en raison de la nationalité. Un tel point de vue signifierait en effet qu'un traitement moins favorable des ressortissants d'autres États membres pourrait en principe toujours être justifié, puisque ceux-ci sont par définition moins bien intégrés dans l'État d'accueil que les nationaux. Cette approche serait en définitive diamétralement opposée à la conception de la citoyenneté européenne défendue par la Cour et ancrée dans le traité.

4. CONCLUSION

Les réflexions exposées ci-dessus ont pu démontrer que l'arrêt *Van Gend en Loos* a effectivement constitué un point de départ pour le développement de la citoyenneté européenne telle qu'on la connaît à l'heure actuelle et le développement de ce concept n'est a fortiori pas imaginable sans les bases établies en 1963 par cet arrêt. Ces principes — notamment la possibilité de déduire des droits individuels directement du droit de l'Union — doivent cependant être continuellement appliqués et concrétisés lors de l'interprétation des dispositions régissant la citoyenneté européenne, par exemple lorsqu'il est fait appel à l'effet utile pour déterminer la portée des droits individuels. Cela conduit par conséquent à une évolution considérable du droit de l'UE, de sorte que les

⁽³⁶⁾ Voir CJUE, aff. C-209/03 (*Bidar*), Rec. 2005, I-2119, points 56 ss; voir également CJUE, aff. C-158/07 (*Förster*), Rec. 2008, I-8507; CJUE, aff. C-103/08 (*Gottwald*), Rec. 2009, I-9117; CJUE, aff. C-75/11 (*Commission/Autriche*), arrêt du 4 octobre 2012, points 57 ss.

droits individuels conférés par le statut de citoyen européen, s'ils s'appuyaient initialement sur les principes développés dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, ont aujourd'hui franchi des seuils qualitatifs supplémentaires. Cela paraît ainsi évident si l'on considère le caractère de droit fondamental reconnu actuellement au droit des citoyens européens de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres ou les diverses conséquences que ce dernier droit implique (notamment l'applicabilité du droit de l'Union aux règles régissant l'acquisition et la perte de la nationalité d'un État membre, la protection extensive de «l'essentiel des droits» conférés par le statut du citoyen européen et l'interdiction d'atteinte à la substance même des droits découlant de l'article 21 TFUE).

Cependant, alors que, d'une part, il ressortait déjà de l'arrêt *Van Gend en Loos* que le traité a institué un nouvel ordre juridique dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants et qu'il consacre ainsi (également) des droits individuels qui sont d'applicabilité directe, indépendants du droit national et qui découlent directement, sans nécessiter de transposition en droit national, du droit de l'Union et, d'autre part, s'il est indéniable que la citoyenneté a élargi les droits conférés par le traité, une question demeure: l'institution du concept de la citoyenneté européenne a-t-elle réellement apporté une plus-value vis-à-vis des différents droits déjà consacrés individuellement dans le traité?

Il semble qu'un élément de réponse doive en premier lieu être trouvé dans le traité lui-même. Celui-ci part de l'idée que la citoyenneté franchit un pas de plus: la citoyenneté est en effet «instituée» («*eingeführt*»), les droits qui en découlent sont mentionnés à l'article 20, alinéa 2, TFUE de manière non exhaustive et, selon l'article 20, alinéa 1, TFUE, la citoyenneté européenne «s'ajoute» à la citoyenneté nationale. Par ailleurs, la Cour semble également partir de l'idée que la citoyenneté constitue une plus-value lorsqu'elle formule — tout en se référant aux droits conférés aux citoyens européens par le traité et notamment au droit à la libre circulation — que le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres. L'étendue de cette plus-value reste cependant quelque peu énigmatique: certes, la Cour se réfère à la «substance même du droit de séjour» ou au droit des citoyens de l'Union de disposer de la jouissance effective de «l'essentiel des droits conférés» par leur statut, mais ces concepts pourraient cependant découler directement des différents droits concernés et sont en définitive imaginables indépendamment de la notion de citoyenneté. Cela paraît mettre en évidence que l'essentiel de la substance du concept de citoyenneté a déjà été fondé par l'arrêt *Van Gend en Loos*. Il n'en reste pas moins que l'institution de

la citoyenneté européenne peut être considérée comme représentant l'expression explicite d'un lien spécifique entre les citoyens de l'Union et le droit de l'Union qui, comme l'attestent les développements jurisprudentiels esquissés dans cette contribution, s'emploie à desservir au mieux les intérêts des citoyens européens. Dans ce sens, et probablement uniquement dans ce sens, la citoyenneté européenne ne se limite ainsi pas à la somme de tous les droits individuels mais déploie, en vertu de l'idéal qu'elle poursuit, des effets juridiques spécifiques.

Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court

Marta Cartabia

PROFESSOR, UNIVERSITY OF MILANO-BICOCCA
JUDGE AT THE CONSTITUTIONAL COURT OF ITALY

1. ONE OF THE PROTAGONISTS of the *Van Gend en Loos* case, professor and judge Alberto Trabucchi ⁽¹⁾, defined Van Gend as one of the ‘cornerstones’ of the new Europe, which brought a ‘new legal experience’ into existence in the European continent. Indeed, Van Gend was the first step of a ‘soft revolution’ that incrementally fashioned a new legal framework, distinct from that of other international organisations.

155

But what was the origin of those innovative legal solutions?

The extraordinary legal creativity of that decision was rooted in the urge – repeatedly expressed by Trabucchi in many occasions – to grant individuals, nationals and peoples central place in the construction of the European Community. The focus of his concerns was the individual – the human person, as he would have said – and his/her rights; the rest, including the idea of the European Community as a ‘new legal order’, the principle of ‘direct effect’ of Community legal provisions and the powers granted to national judges as Community judges, was but a consequence of this primary concern.

⁽¹⁾ According to M. Rasmussen, *Establishing a Constitutional Practice of European Law: The History of the Legal Service of the European Executive, 1952-1965*, in *Contemporary European History*, 2012, pp. 375-397, ‘the Italian professor of private law Alberto Trabucchi and the French Christian Democrat politician Robert Lecour – apparently changed the balance inside the ECJ’.

The ‘federalizing effect’ of Van Gend and the greater ‘integration through law’ it brought about were instruments of the Community of peoples which was the main interest of the judgment. An enhanced protection of the individual was the key idea of Van Gend, which brought about ‘un droit des ressortissants à une protection juridique qui dépasse les limites traditionnelles de leur système national’, as Trabucchi stated in his famous note on the *Van Gend* case ⁽²⁾. His cultural background and the recent history of his country made him very sensitive to the needs of the person, with institutions and other legal mechanisms being, in his conception, at their service ⁽³⁾. He belongs to a generation of legal scholars that was well aware of the limits of legal positivism, that caused the shameful ‘legal injustice’ ⁽⁴⁾ that took place in Europe in between the two world wars. Therefore their ‘legal creativity’, as scholars and judges, was prompted by the urge of securing a better protection of the human person: ‘Il sistema giuridico moderno sta accogliendo l’ispirazione del mondo nella tendenza a volere più giustizia che legalità. Il giudice, strumento umano del diritto, non è più soltanto chiamato ad applicare delle norme astratte ai casi concreti o a temperare la rigidità di qualche dogma: al giudice si chiede una valutazione degli uomini e dei rapporti secondo esigenze di pratica giustizia che sono indicate, ma non tutte attuate nella legislazione’ ⁽⁵⁾.

2. The same solicitude for the individual inspired, over time, the development of a rich system of protection of fundamental rights in the European Union: first, with the ‘heroic’ 1970s case-law of the European Court of Justice; then with the amendments to the Treaties, from Maastricht onwards; later, with the approval of the Charter of Fundamental Rights and, more recently, with the new text of Article 6 of the Lisbon Treaty, which confers binding legal force on the Charter and envisages the accession of the Union to the ECHR.

⁽²⁾ The note is now published in, *La formazione del diritto europeo – Quaderni della Rivista di diritto civile*, n. 14, Padova, Cedam, 2008, pp. 171-177. On the contribution of Judge Trabucchi to the Van Gend decision see P. Gori, in this volume and P. Gori, *Quindici anni insieme ad Alberto Trabucchi alla Corte di giustizia CE*, in *La formazione del diritto europeo*, quoted, pp. 71-83; G. Perini, *Alberto Trabucchi giurista europeo. Alle radici del diritto in Europa: una testimonianza inedita*, in *La formazione del diritto europeo*, quoted, pp. 145-187.

⁽³⁾ This point is highlighted by P. Mengozzi, *Rapporto tra Stato e individui nella giurisprudenza comunitaria*, in *La formazione del diritto europeo*, quoted, pp. 111-115.

⁽⁴⁾ G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), Italian translation: *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in A. G. Conte ed., *Filosofia del diritto*, Milano, Cortina, 2002, p. 152 ss.

⁽⁵⁾ A. Trabucchi, *Il nuovo diritto onorario*, in *Rivista di diritto civile*, 1959, I, p. 495 ss.

Moreover, the developments in the EU go hand in hand with relevant improvements in the system of the European Convention, especially since Protocol 11 opened the doors of the European Court of Strasbourg to claims brought by individuals.

The rich and composite multilevel system of protection of fundamental rights in Europe was driven by the implicit idea that the individual and his rights enjoy better protection if an ‘external’ judicial control complements ‘internal’, domestic, judicial remedies.

The events of the first part of the 20th century resulted in a general distrust of States’ capacity to adequately protect their citizens.

For this reason, the European Convention of Human Rights was signed a few years after World War II, during the ‘age of rights’, as those times were defined by Norberto Bobbio (6).

Similarly, the spirit of Van Gend was to give individuals the opportunity to claim their rights against their State: to this end, national courts were empowered to act as part of the judicial branch of the European Community, by applying European legislation and setting aside national legislation, and they therefore developed a close relationship with the European Court of Justice. This was the ‘genius’ of Van Gend which empowered the domestic ordinary courts to do what in many cases their own legal system prevented them from doing, that is, the judicial review of national legislation. Direct effect entrusted all lower courts, rather than only Constitutional Courts, with the power of performing the judicial review of legislation in relation to European law, thus creating within the national legal orders a ‘second judicial review of legislation’, parallel to the original one. As a consequence, as Weiler pointed out years ago, the lower national courts became important vehicles for popular engagement by individual and group interests against national governments (7). The vigilance of individuals concerned to protect their rights amounted to an effective supervision in addition to the supervision entrusted

(6) N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi, 1990, for the English translation of the book see N. Bobbio, *Age of Rights*, Blackwell Publisher 1996.

(7) J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, pp. 192-195.

to the Commission and, eventually, the preliminary reference became the infringement procedure for the European citizens ⁽⁸⁾.

Also, protection of fundamental rights within the European Union – which was originally meant to fill the gaps of the Treaties and consequently to apply to the Community institutions – has in fact proved to be very effective in relation to Member States. Statistics show that, with some important exceptions, the European Court of Justice has used the Charter and the other principles on fundamental rights as external standards to ascertain the validity of national measures, more than as internal standards against which to review European acts. As a matter of fact, before the EU Charter rights was given legal binding effect, the protection of fundamental rights carried out by the ECJ was mainly directed towards Member States' measures ⁽⁹⁾, although things may change in the future, as after the EU Charter has been recognised the same legal status as the treaties, a rights-based judicial review of European measures has already taken place more frequently ⁽¹⁰⁾.

3. As a result, today, acts and legislation of Member States are subject to multiple judicial controls: the same case is often brought before national courts – including supreme or constitutional courts –, the European Court of Human Rights and, within the limits imposed by respective competences, the judges of the European Union, including the European Court of Justice and national courts acting as 'European judges'.

⁽⁸⁾ P. Pescatore, *Van Gend en Loos, 3 February 1963 – a View from Within*, in M. Poirares Maduro and L. Azoulay (eds), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50 th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010, pp. 3-9.

⁽⁹⁾ The most relevant case is ECJ judgment of 3 September 2008 in Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat*.

⁽¹⁰⁾ See for example ECJ judgment of 9 November 2010 in Joined Cases C-92/09 and C-93/09, *Volker und Marcus Schecke and Eifert*, where the Court strikes down some provisions of a Council regulation concerning the financing of common agricultural policy, because they established an improper and disproportionate balance between the interest to transparency on the use and allocation of European funds and the rights to privacy and protection of personal data, guaranteed by Articles 7 and 8 of the EU Charter of Fundamental Rights. See also ECJ judgment of 1 March 2011 in Case C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats and Others*, where the Courts held the invalidity of some provisions of Council Directive 2004/113/EC, concerning the application of unisex rules on premiums and benefits in the insurance service sector, because they enable Member States to maintain without temporal limitation and exemption from the rule of unisex premiums and benefits thus infringing Articles 21 and 23 of the EU Charter of Fundamental Rights.

With the accession to the Convention, the fate of European Union measures may be similar, as these may eventually be submitted to the authority of the European Court of Human Rights, vested with the power of conducting an ‘external control’, in addition to that of the European Court of Justice, the scope of which may also cover acts and measures that fall beyond the reach of the European Court of Justice’s jurisdiction, such as the actions taken within the context of the Common Foreign and Security Policy of the primary sources of EU law ⁽¹¹⁾.

As a matter of fact, as Judge Tulkens has stated, ‘le but de l’adhésion de l’UE à la Convention a toujours été, précisément, de soumettre l’UE au même contrôle extérieur que les Etats’ ⁽¹²⁾

Although both national legal orders and the European Union possess their own instruments for protecting fundamental rights and for judicial review of legislation and other acts, in the multilevel system of fundamental rights, ‘external controls’ are nevertheless considered as having great importance. The supervision of an external judge is supposed to improve the standard of protection also at the domestic level; moreover, in case of mistakes or inaccuracy in first instance, the individual enjoys a second chance.

4. This feature of the European system clearly has undisputable strong points.

The work of the two European Courts, and the virtuous interaction between all judges in Europe, have developed a common platform of shared principles – a sort of new edition of the *jus commune europaeum* that secures a good level of rights to all European citizens. Indeed, this is a valuable historical result, considering the variety of constitutional backdrops in the countries of the European Union, a variety that is even greater in the bigger Europe of the Council of Europe.

However, the various systems of protection of rights are not – and, more relevant, are not meant to be – fully equivalent.

⁽¹¹⁾ This point and other relevant questions concerning the accession to the ECHR are discussed by J.P. Jacqué, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, 48 CMLR, 2011, 995-1023, p. 1005 ss.

⁽¹²⁾ Tulkens, *L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme. Pour et vers une organisation harmonieuse*, RTDE 2011, 27.

Some disagreement was expressed by certain countries at the time of the negotiation of the Lisbon Treaty. For different reasons, the UK, Ireland, the Czech Republic and Poland did not unreservedly adhere to the Charter of Fundamental Rights of the European Union ⁽¹³⁾.

Moreover, many national supreme and constitutional courts still believe in the doctrine elaborated by the BVG in the *Solange* saga and by the Italian Constitutional Court with the ‘counter-limits’ clause, according to which those national courts retain the final say on the observance of the fundamental principles and rights of their respective constitutions, even in relation to the law of the European Union. In recent years, these doctrines, with some variations, have been adopted by several supreme courts. In most cases, these doctrines were confined to the theoretical level; occasionally, however, conflicts between courts have actually occurred ⁽¹⁴⁾.

In a way, fundamental rights in Europe are at a crossroads between the *jus commune europaeum* and the ‘constitutional identity’ of each European country, and if the hallmark of European integration is ‘unity in diversity’, observance of national constitutional identities ⁽¹⁵⁾ is a basic tenet of the European construction, as recognised by Article 4(2) TEU. In matters related to social rights, economic rights and ethical issues – like family, life and religion – the constitutional identity of the Member States is very diverse and this diversity could not be neglected.

5. In this pluralistic context, different judges, dealing with the same case, may reach different conclusions, and the same dispute is exposed to inconsistent judicial solutions.

⁽¹³⁾ Treaty of Lisbon Protocol No 30 on the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom, the Protocol on the concerns of the Irish people on the Treaty of Lisbon and Declarations No 53, 61 and 62.

⁽¹⁴⁾ In particular, some concerns about national constitutional identity and sovereignty are expressed by the new accession states of the central and eastern Europe. On this point see W. Sadurski, *Constitutionalization of the EU and the Sovereignty Concerns of the New Accession States: the Role of the Charter of Rights*, EUI working paper 11/03. See in particular O. Pollicino, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, 765-788, accounting for some recent conflicts between the constitutional tribunals of the Czech Republic and of Poland on the one side and the European Court of Justice on the other side.

⁽¹⁵⁾ For an updated survey of the applications of the identity clause see B. Guastafarro, *Beyond The Exceptionalism Of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions Of The Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012.

For the individual, the choice of forum can make a difference.

Here some questions arise: What order of priority, if any, is to be followed when a case involving fundamental rights arises? Is there any precedence to be observed between internal and external controls? Which judge should decide first?

As a matter of principle, relationships between national courts and the European Court of Strasbourg are governed by Article 35(1), which requires that all domestic remedies be exhausted before resorting to the European Court. On the other hand, relationships between national courts and the ECJ in matters of fundamental rights are governed by Article 51, and in particular by the principle of incorporation, meaning that the European Court of Justice has the power to examine the compatibility of national legislation with European fundamental rights only when such legislation falls within the scope of European Union law ⁽¹⁶⁾.

Notwithstanding these principles, experience shows that in many cases the competences of different judges may overlap, and that sometimes the positions of some of these are not fully respected, mainly because of the practice of ‘forum shopping’, i.e. of bringing the case before the forum which is considered to be the most convenient for the stakeholder; or because of the practice of bringing the case in several different forums to multiply the chances of winning the dispute.

The principles governing the relations among judicial authorities in Europe may be quite clear, but the practice is somewhat confusing. I dare say that in reality, the risk of conflicts between courts depends more on the lack of order between judicial remedies than on the merits of the individual case.

6. With the entry into force of the Lisbon Treaty, the European system of protection of fundamental rights entered a ‘new age’, or at least a ‘new stage’.

⁽¹⁶⁾ The principle is well established in the case-law of the ECJ since its judgment of 18 June 1991 in Case C-260/89, *ERT*, and recently confirmed in judgment of 26 February 2013 in Case C-617/10, *Åkerberg Fransson*, paragraph 19. It is worth noting the decision of the German constitutional court 1 BVG of 24 April 2013, Case 1215/07 that reacted to the expansion of the EU competence in human rights protection to areas only remotely touched upon by EU law.

The Charter of the EU was finally recognised as having the same legally binding effects as the Treaties, and, consequently, the case-law of the European Court of Justice on fundamental rights is thriving more than ever. The accession of the EU to the ECHR is in progress and the new phrasing of Article 6 TEU has stimulated the legal creativity of national judges, with some of them assuming that Article 6, paragraph 3 TEU – according to which fundamental rights as guaranteed by the European Convention constitute general principles of the Union’s law – has ‘incorporated’ the European Convention into the EU legislation, so much so that national judges are required to apply the provisions of the European Convention as if they were EU law. Fortunately, this fancy judicial construction was immediately stopped, since the ECJ has promptly and clearly replied that Article 6, paragraph 3 TEU does not govern the relationship between the ECHR and the legal systems of the Member States and nor does it require to apply the provisions of the Convention directly, disapplying the provisions of national law incompatible with the Convention ⁽¹⁷⁾.

Anyway, the Treaty of Lisbon has heralded a ‘new age of rights’ in Europe, a time that calls for adjustments in the European judicial network of protection of fundamental rights. In this connection, I wish to single out some of the most significant critical points of the present state of affairs that may be considered during this time of refinement of the relations between courts.

a. In relation to the European Court of Human Rights, one of the critical points concerns the place of domestic remedies for invalidation of legislation.

Attention was drawn to this issue during the negotiations for the accession of the EU to the European Convention of Human Rights. Article 3(6) of the Draft Agreement proposes an important innovation regarding the prior involvement of the ECJ in cases where the EU is a co-respondent ⁽¹⁸⁾. This provision addresses those situations in which an application is directed against the EU, and the alleged violation calls into question the compatibility of a provision of European Union law with the Convention rights. The

⁽¹⁷⁾ ECJ judgment of 24 April 2012 in Case C-571/10, *Kamberaj*.

⁽¹⁸⁾ The co-respondent mechanism is introduced by Article 3 of the Draft Agreement – Council of Europe CDDH-UE (2011) 16 fin – to allow the EU to become a co-respondent to proceedings instituted against one or more Member States and similarly to allow one or more Member States to become co-respondents in proceedings instituted against the EU in those cases in which the responsibility of the Member States and that of the EU is closely intertwined.

same situation may arise in relation to the national legislation of the other Contracting Parties.

In these situations, if the case has been taken to Strasbourg without the question having been considered by the Court of Justice, the Draft Agreement proposes that some mechanism should exist to give the judges in Luxembourg the opportunity to review the EU provision at issue ⁽¹⁹⁾. This prior-involvement mechanism appears to be highly desirable, not only for the ECJ but also for other national supreme courts ⁽²⁰⁾, as it responds to the rationale of the cardinal rule of the Convention, according to which all domestic remedies must be exhausted before the case is brought before the European courts. The subsidiarity nature of the intervention of the Court of Human Rights should allow the contracting parties the right to decide first on possible violations ⁽²¹⁾. If the rationale is that domestic authorities should have the opportunity to address any alleged breach of the Convention before the international mechanism is activated, then domestic courts should always be given the opportunity to invalidate legislation before the Court in Strasbourg decides the case. The principle of subsidiarity, as well as practical reasons related to the workload of the ECtHR, would encourage exploration of this innovative solution.

b. As far as the relationship between national supreme courts and the ECJ is concerned, similar problems arise, although in the different context of the preliminary ruling procedure: sometimes, a dispute pending before a lower national court may (and actually do), originate a ‘double preliminary ruling’, one before the ECJ and one before the national constitutional or supreme

⁽¹⁹⁾ ‘In proceedings to which the European Union is co-respondent, if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the Convention rights at issue of the provision of European Union law as under paragraph 2 of this Article, then sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court’ (Article 3, paragraph 6 of the Draft agreement CDDH-UE (2011)16fin5).

⁽²⁰⁾ G. Gaja, *Accession to the ECHR*, in A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley (eds), *EU Law After Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp. 180-196, at p. 193, states that a parallel need for a prior involvement regard all the parties to the ECHR in order to avoid that the European Court of Human Rights finds a violation of the European Convention on the basis of a interpretation of a law of a particular state that would not have been shared by the highest court in the same state. On the equal status of all the Contracting Parties, with a specific reference to the prior involvement procedure see the document put forward by 14 States, dated 21 January 2013 (Council of Europe 47+1(2013)003).

⁽²¹⁾ J.P. Jacqué, *The Accession*, quoted, p. 1018.

court. Considering that the protection of fundamental rights ensured by the Charter of the EU largely overlaps with that granted by national constitutions – as we have seen earlier – the same national legal provision might be challenged before the ECJ, for violating the Charter (and other principles of European law), and before the national supreme and constitutional courts, for breach of the rights protected by the national constitution. Where a national measure falls under the umbrella – or the penumbra – of EU legislation, cases of ‘double preliminary rulings’ are rather frequent.

Which Court should decide first, if any?

Although the traditional attitude of the national supreme and constitutional courts is to keep the final say on each dispute, a number of reasons would suggest a more flexible attitude, with the national courts deciding first, in order to have the opportunity to remove all unconstitutional national legal provisions and thus preserving the European courts from unnecessary decisions, and in order to have the opportunity to cooperate with their judgments to a better understanding of the case in front of the ECJ.

164

Attention was drawn to this issue by the French Cour de cassation in the *Melki and Abdeli* case ⁽²²⁾, about *la question prioritaire de constitutionnalité* in France. In that decision, the ECJ established certain conditions for the compatibility of legislation such as the French measure in question with Article 267 TEU, leaving the door open for several solutions.

c. Another critical point – strictly connected to the previous one – concerns the traditional reluctance of national supreme and constitutional courts to engage in direct dialogue with the ECJ through the preliminary ruling procedure provided in Article 267 TEU. Some courts have regularly referred questions to the European Court of Justice by means of preliminary rulings, like for example the Belgian Cour d’arbitrage and the Austrian Verfassungsgericht; others only in exceptional cases; others yet have enunciated the possibility of addressing the European Court, but have not yet used it in practice; and most courts remain silent on the point. Usually, national constitutional courts accept the informal influence of the European Court of Justice’s case-law ⁽²³⁾,

⁽²²⁾ ECJ judgment of 22 June 2010 in Joined Cases C-188/10 and C-189/10, *Melki and Abdeli*.

⁽²³⁾ A critique to the informal relations among European courts as a part of a more general critique to the pluralist model of relationship in the European Union comes from J. Baquero Cruz, *The Legacy of Maastricht Urteil and the Pluralist Movement*, 14 *European Law Journal*, (2008), p. 389, at p. 414.

but they hesitate to open a formal judicial dialogue through the preliminary ruling procedure.

The European Court of Justice's success in developing a trustful cooperation ⁽²⁴⁾ with lower national courts hopefully will involve over time also the highest national supreme and constitutional courts.

Generally speaking, a more generous attitude towards preliminary rulings on the part of supreme and constitutional courts would benefit European integration and, more importantly, the further development of the fundamental rights of the individual. In a pluralistic context as is Europe, the preliminary ruling is an invaluable tool for national supreme and constitutional courts to bring different traditions, experiences, modes of reasoning and points of view before the Court of Justice, and thereby contribute to the formation of a richer *jus commune europaeum*. The Treaty states that the preliminary ruling is a duty and an obligation for the supreme courts, but, actually, it is above all a great opportunity.

A good example of recent times comes from the Spanish Tribunal constitutional, with the *Melloni* case ⁽²⁵⁾ where the ECJ was required to decide about the validity of the framework decision on the European Arrest Warrant with the procedural rights of a person subject to criminal proceedings protected by the Charter of fundamental rights, Articles 47 and 48. Moreover the European Court was required to decide about the interpretation of Article 53 of the EU Charter proposed by the Spanish Constitutional Tribunal as granting a general authorisation to a Member State to apply the standard of protection of fundamental rights guaranteed by its constitution when that standard is higher than that deriving from the Charter and, where necessary, to give it priority over the EU legislation. Thanks to this preliminary reference, the European Court of Justice was required to address straightforward two genuine fundamental constitutional issues. In fact the Spanish Tribunal, on the one hand, proposed to the European Court of Justice a rights-based judicial review of European legislation and, on the other one, put forward a puzzling problem of standard of protection of fundamental rights in the multilevel and pluralistic constitutional context, as the European one.

⁽²⁴⁾ This point is highlighted by A. Tizzano, *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, pp. 811-849.

⁽²⁵⁾ ECJ judgment of 26 February 2013 in Case C-399/11, *Melloni*.

d. A last point that I now wish to highlight concerns the direct effect of the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. This may be a very sensitive point for national supreme and constitutional courts. In fact, since *Simmenthal*, the doctrine of direct effect has entailed the marginalisation of national constitutional courts from the process of European integration. Where direct effect applies, cases fall beyond the reach of constitutional courts' jurisdictions, as they are, rather, decided by ordinary judges, 'in dialogue' with the ECJ.

Now, the question arises as to whether, to what extent and under which conditions the provisions of the Charter have direct effect, and consequently empower lower national courts to set aside incompatible national legislation. Do all the provisions of the Charter have direct effect, for the simple reason that they deal with fundamental rights? Or is direct effect only limited to those provisions of the Charter that meet the conditions established by the ECJ in its case-law – i.e. that the European provisions are precise, clear and unconditional ⁽²⁶⁾? In some recent cases, the ECJ appears to take a very broad interpretation of the direct effect of the rights enshrined in the Charter, assuming that all the provision of the Charter are *per se* directly applicable: 'European Union law precludes a judicial practice which makes the obligation for a national court to disapply any provision contrary to a fundamental right guaranteed by the Charter conditional upon that infringement being clear from the text of the Charter or the case-law relating to it, since it withholds from the national court the power to assess fully with, as the case may be, the cooperation of the Court of Justice, whether that provision is compatible with the Charter' ⁽²⁷⁾.

Should this approach be confirmed, the role of national constitutional courts in the protection of fundamental rights will dramatically shrink. It might be useful and desirable for national judges if the ECJ in the near future would make clear what provisions of the Charter have direct effect and under which conditions they are supposed to be applied by national judges following the *Simmenthal* doctrine.

7. Originally, a multilevel European system for the protection of fundamental rights developed, thanks to the relevance attached to 'external controls'. National States had proved to be unreliable guardians of their citizens'

⁽²⁶⁾ B. De Witte, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos*, in M. Poiars Maduro and L. Azoulai (eds), *The Past and Future of EU Law*, quoted, pp. 9-16.

⁽²⁷⁾ ECJ judgment of 26 February 2013 in Case C-617/10, *Åkerberg Fransson*, paragraph 48.

rights, and supplementary layers of protections were added within the EU and the ECHR.

Now that a rich and composite system is well-established, what is the priority?

A leading principle, embedded both in the ECHR system and in the EU (Article 35 ECHR and Article 53 of the European Charter), is the principle of subsidiarity.

Now that the authority of the European courts is uncontested, the idea of leaving more room for ‘internal controls’ can be taken into consideration, for more than one reason.

First, a better distribution of the workload among national and supra-national courts could benefit individuals and the overall system. After all, if rights can be satisfied at the national level, why overload the European courts?

Moreover, a prior involvement of national supreme or constitutional courts may be convenient and beneficial for a more complete appraisal of the case by the European Courts. In fact, national supreme and constitutional courts are, on one hand, are closer to the case, while at the same time – because of their own functions – they are in a position that enables them to decide in the light of a comprehensive approach to the national legal system and the national social context. They tend to have a ‘non-fragmented’ and a rather systemic approach to the issues submitted to them of adjudication, so that their previous decisions may bring arguments also to the European Courts for a richer appreciation. After all, in other multilevel systems, like the USA, the Federal Supreme Court let every new question ‘percolate’ before different federal and state courts, before taking it for decision, so that it has the benefit of the many judicial decisions by low federal courts and/or state courts on constitutional issues before it must decide upon. Indeed, unlike the US Supreme Court, the European Court of Justice does not decide on appeal, but as a ‘quasi-federal’ supreme court has the same need to take into consideration and even to take advantage of the previous experiences of other national courts in order to improve the quality of its decisions and to render them more acceptable by

national judges. This is all the more important in constitutional adjudication, where delicate choices of value are often at stake ⁽²⁸⁾.

Indeed, as in the 1950s, the primary concern today is for the rights of the individual. However, a mismatch between stronger protection of individual rights and a multiplication of judicial procedures is to be avoided. Better protection is a matter of the quality of decisions, not a quantitative matter of the number of available appeals.

In our times, when the junctures between the courts involved in the European judicial network are under revision, some important priorities are to be taken into account, such as, for example, the need to avoid conflicts on fundamental rights; a more rational distribution of the workload among courts; securing an acceptable degree of harmonisation throughout the continent while preserving constitutional pluralism in Europe; the limitation of the number of repetitive judgments on the same case, and many others.

The principle of subsidiarity may provide some guidance to this end.

Briefly, whereas the post-World War II ‘age of rights’ was an age of distrust – and rightly so – of national remedies, the ‘new age of rights’ we are living in requires confidence and cooperation between courts, for the sake of the system and for the sake of a better satisfaction of individual expectations of justice.

⁽²⁸⁾ M. Rosenfeld, *Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 618-651, p. 628.

The International Legal Order: Black holes, fifty shades of grey, or extending *Van Gend en Loos*?

Piet Eeckhout

PROFESSOR, UNIVERSITY COLLEGE, LONDON

VAN GEND EN LOOS AND INTERNATIONAL LAW

169

THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER DOES NOT generally have ‘direct effect’, in the meaning of *Van Gend en Loos*. Indeed, the Court in its judgment expressly distinguished EU law from international law, as constituting a new legal order of international law. The ‘of international law’ was later removed ⁽¹⁾. EU law constitutes a new legal order, full stop. The EU law birth giving act involved immediate separation. EU law created rights under national law, automatically, inherently, and comprehensively, something which international law at the time certainly did not accomplish.

After *Van Gend en Loos* it took a mere nine years before the Court was asked exactly what the separation of EU law from international law actually meant. In *International Fruit Company* the Court recognized that the (then) EEC could be bound under international law, for example by an agreement such as the GATT of 1947 (a special case, because the EEC never became a formal party) ⁽²⁾. Later on the Court held that international agreements

⁽¹⁾ Joined Cases 90/63 and 91/63 *Commission v Luxembourg and Belgium* [1964] ECR 625, at 631.

⁽²⁾ Joined Cases 21/72 to 24/72 [1972] ECR 1219.

concluded by the EU are an ‘integral’ part of EU law ⁽³⁾. But the term integral has something of a special meaning here. The GATT was considered not to confer rights on individuals, in other words not to have direct effect, in contrast with the EEC Treaty. This was so notwithstanding the substantive parenthood of many GATT provisions: see for example Article III:2 on fiscal discrimination and the corresponding Article 110 TFEU; or the General Exceptions in Article XX GATT and in Article 36 TFEU. The ‘spirit’ of the GATT, as it was then termed – *l’esprit* – was too flexible. The GATT was characterised, in the eyes of the Court, by its scope for derogations and waivers, recourse to safeguard measures and flexibility of the system of dispute settlement.

A series of other – often important – international agreements have suffered the same fate of not being recognised to have direct effect. The WTO agreements, though clearly much less flexible than the GATT of 1947 ⁽⁴⁾, were also ruled not to have direct effect. In fact in the more recent case-law there is a strong emphasis on the eternal scope for negotiations in the WTO, creating the impression that the Court of Justice has barely registered the Copernican revolution, particularly in dispute settlement, resulting from the establishment of the WTO ⁽⁵⁾.

Next to GATT and the WTO, two further multilateral agreements were denied direct effect: the UN Convention on the Law of the Sea and the Kyoto Protocol ⁽⁶⁾. One should further note that there are many significant multilateral agreements which the EU has never concluded (often for reasons beyond its control), but which are binding on all of its Member States. The Chicago Convention, referred to in the *ATA* case, is but one example. Such agreements are also precluded from having direct effect. On the other hand, there are also many (particularly bilateral) agreements which have indeed been recognised as conferring rights on private parties – most often in cases involving challenges to Member States’ laws and decisions rather than EU acts ⁽⁷⁾. It is clear

⁽³⁾ Case 181/73 *Haegemann* [1974] ECR 449.

⁽⁴⁾ See the comprehensive analysis by Advocate General Tesauro in Case C-53/96 *Hermès* [1998] ECR I-3603.

⁽⁵⁾ See for example Case C-377/02 *Van Parys* [2005] ECR I-1465.

⁽⁶⁾ Respectively Case C-308/06 *Intertanko* [2008] ECR I-4057; Case C-366/10 *Air Transport Association of America (ATA)* [2011] ECR I-13833.

⁽⁷⁾ See further M. Maresceau, *Bilateral Agreements Concluded by the European Community*, (2004) *Recueil des cours*, 246-297.

that one must not lose sight of the Court's general openness towards international law when considering the cases in which the Court does not accept direct effect.

Nevertheless, the overall picture is that international law binding on the EU does not have the inherent, automatic, and comprehensive direct effect which internal, 'homemade' EU law has. This contribution seeks to discuss and question this attitude, from a broad and general perspective. Indeed, in a globalised age of intense international lawmaking, is it not rather the case that international treaties and conventions should have direct effect, much in the same way as is the case for 'internal' EU law? Birthdays offer good opportunities for looking ahead, even at fifty.

THE SILENCE OF INTERNATIONAL LAW: MUNICIPAL LAW AS A BLACK HOLE

Let us first turn to international law itself to see what it has to say on the matter. Unfortunately, it is largely silent. For international law and international lawyers, what happens to an international norm within the 'municipal' legal orders of the States or organisations which are bound by it, is something like a black hole. It is of course the case that an international adjudicator may examine municipal law to investigate whether there is compliance with the international norm. But treaties, conventions and agreements rarely determine in precisely which way they need to be implemented; let alone that they would determine that they create subjective rights within municipal law. Even the European Convention on Human Rights, setting our most fundamental, human rights and freedoms in Europe, is not automatically, inherently part of the law of European States. As long as the international norm is complied with, the large majority of international lawyers seems quite content with living in a different universe from that of municipal law. They are content with the international norm being sucked into the black hole of municipal law, as long as what comes out of it, at the other end, is compliance and respect⁽⁸⁾. Those international lawyers who are interested in the interface between international law and municipal law focus on what happens at the other end. They

⁽⁸⁾ Of course the metaphor is rather inadequate, because under the laws of physics nothing ever escapes a black hole.

fundamentally accept that the domestic legal effect of international norms is determined by municipal law ⁽⁹⁾.

The failure, or refusal, or incapacity of international law to determine that it creates directly effective rights in municipal law does not mean that the individual cannot be a subject of international law. Again the European Convention is the obvious example. The individual has rights under international law against the Convention contracting parties – States, and soon also the EU. Those rights can be enforced before the Strasbourg court. The International Court of Justice has also identified subjective rights, in the *LaGrand* decision, namely rights to consular protection ⁽¹⁰⁾. The universes of international and municipal law remain parallel, however, or pluralist, as many would say ⁽¹¹⁾. This was vividly and dramatically illustrated by the outcome of the *LaGrand – Avena – Medellín* saga: notwithstanding the violation of international law rights to consular protection, and the ICJ attempt to intervene in the domestic US process, there was no suspension of the execution of the death penalty in Texas ⁽¹²⁾. That episode highlights an important procedural factor which contributes to keeping the universes separate: there is no direct dialogue between international courts and tribunals, and the judiciary at national level; there is no international preliminary rulings procedure.

MUNICIPAL LAW: FIFTY SHADES OF GREY

If international law itself does not re-unite the two universes, let us look a bit into the black hole of municipal law. If I may be allowed to shift metaphors, what we see there is neither black nor white, but rather something like fifty shades of grey. Municipal legal orders each have their own, often sophisticated

⁽⁹⁾ E.g. J.H. Jackson, 'Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis' (1992) 86 AJIL 310–340; F.G. Jacobs and S. Roberts (eds), *The Effect of Treaties in Domestic Law* (Sweet & Maxwell, 1987); A. von Bogdandy, 'Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law' (2008) *International Journal of Constitutional Law* 397–413; A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* (OUP 2011).

⁽¹⁰⁾ ICJ, *LaGrand (Germany v USA)*, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 466, paragraph 77.

⁽¹¹⁾ On pluralism see e.g. M. Avbelj and J. Komarek (eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (Hart Publishing, 2012).

⁽¹²⁾ *LaGrand*, cited above; ICJ, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2004, p. 12; US Supreme Court *Medellin v Texas* 552 U.S. 491. See B. Simma and C. Hoppe, 'From *LaGrand* and *Avena* to *Medellin*: A Rocky Road Towards Impementation' (2005-2006) *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 7-59.

and contested rules and principles on the effects which international law may produce. That is no different in EU law ⁽¹³⁾. There is the two-step process of determining whether an agreement has direct effect: first the structure and broad logic of the agreement as such, and second the nature of the particular provisions invoked. As regards the structure and broad logic, the Court variably focuses on the flexibility of the agreement; its dispute settlement system, and the room this leaves for negotiations; the lack of reciprocity in the recognition of direct effect; the need to recognise sufficient room for political manoeuvre for the EU political institutions; or the extent to which the agreement confers rights or freedoms. Next to direct effect, or lack thereof, there is the principle of consistent interpretation, which applies to all agreements binding on the EU. There is also what I have called the principle of implementation: a dualism-inspired exception to the lack of direct effect of rather uncertain scope. For agreements not binding on the EU, but binding on all Member States, the Court has also suggested an interpretative obligation. And for customary international law there is a set of separate principles ⁽¹⁴⁾.

Some people find the fifty shades of grey exciting, but where do they lead us? Is the much qualified application of international law sustainable in an age of multilevel governance, where laws are made at domestic, European, and international level? Does the relativity of fifty shades of grey ultimately not risk undermining the rule of law itself?

50 years after *Van Gend en Loos* it is perhaps time for the Court of Justice to think seriously about reducing the shades of grey, and accepting more easily that international norms, too, may have direct effect and create rights for individuals. It is submitted that the Court has been too restrictive in recent years. That criticism, however, does not extend to the most high-profile judgment, *Kadi I* ⁽¹⁵⁾. That was a case in which international law was effectively claiming an *état d'exception*: Security Council resolutions overrule basic human rights standards of due process. Let us not start there, when giving greater effect to international norms, but let us start by recognising more easily that they may confer rights on individuals.

⁽¹³⁾ For a much more detailed analysis see P. Eeckhout, *EU External Relations Law* (2nd ed, OUP 2011) chapter 9.

⁽¹⁴⁾ See in particular the *ATA* case, cited above.

⁽¹⁵⁾ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I-6351.

To be fair, the Court has recently turned to more of a focus on whether an agreement confers rights or freedoms, rather than the abstract and institutional analysis of the nature and structure of an agreement: see the *Intertanko* judgment. But, unfortunately, it was in that judgment very restrictive in its analysis, and reached the wrong conclusion. The reasoning according to which the Convention does not confer rights or freedoms on individuals who own ships, because those rights or freedoms are mediated through the flag State⁽¹⁶⁾, is hardly persuasive. It is true that municipal law determines the nationality of ships, but that is equally true for the nationality of individuals who benefit from the direct effect of bilateral agreements, such as the Ankara association agreement with Turkey. That agreement determines the rights of Turkish workers in the EU, and the Court has never hesitated to confirm that those rights can be invoked and therefore have direct effect⁽¹⁷⁾. Moreover, the *Intertanko* reasoning offers a clear contrast with that of *Van Gend en Loos*. In the latter judgment, the Court was not held back by the fact that the original EEC Treaty did not expressly provide for many individual ‘rights’, as such. Those 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’⁽¹⁸⁾. UNCLOS imposes obligations on States, and on the EU, obligations which, conversely create rights for ships and their owners. It is commonly called the ‘constitution’ of the law of the sea, and does much more than regulating relations between States. It is an international legislative instrument which ought to have direct effect in municipal law if ever the two universes of international and municipal law are to be re-united.

THE NATURE OF THE DIRECT-EFFECT ANALYSIS

It is important to reflect further on the nature of the direct-effect analysis, as regards international law and in particular international agreements. Is this an analysis purely based in international law, or is there scope for a more autonomous EU law approach? *Van Gend en Loos* was a judgment in which the assessment of the ‘spirit’ (‘l’esprit’) of the EEC Treaty was determinative. Following that lead, it might be thought that the same methodology should be used for international agreements which the EU has concluded. Yet it is obvious that most international agreements do not share the characteristics of the

⁽¹⁶⁾ *Intertanko*, cited above, paragraph 61.

⁽¹⁷⁾ See e.g. Case C-192/89 *Sevince* [1990] ECR I-3461.

⁽¹⁸⁾ *Van Gend en Loos*, cited above, at [1963] ECR 12.

EEC Treaty which led the Court to recognise direct effect: no deep economic integration, no direct participation of citizens, no preliminary-rulings procedure establishing a direct link between domestic courts and international courts and tribunals. An analysis based purely in international law is unlikely to lead to many clear-cut findings of direct effect, if one should be looking for the kind of characteristics which persuaded the Court in *Van Gend en Loos*. There would in fact in all likelihood be very few cases in which direct effect would be established.

What then is the nature of the Court's direct-effect analysis, as regards international agreements? As set out in *Kupferberg*, the Court first examines whether the agreement itself provides for direct effect in municipal law. But as pointed out above, there are very few instances in which an international agreement does this in express terms ⁽¹⁹⁾. Let us not forget that even the EEC Treaty did not provide for direct applicability or direct effect, which was obviously not a matter of mere oversight in light of the observations of the Member States in the *Van Gend en Loos* litigation. There is great resistance by States to provide for direct effect, as it removes scope for political manoeuvre – to use the Court's own terms in *Portugal v Council* ⁽²⁰⁾. Moreover, in States with strong dualist traditions, direct effect would upset long-standing constitutional practices. In fact it would seem that the reality of States' constitutional attitudes towards international law is much more dualist than classic, textbook distinctions between monist and dualist systems suggest. To mention just the US example: the more distant observer would not suspect that the US Constitution provides that treaties are the law of the land.

As international agreements almost never provide for direct effect in express terms, the question is really what elements of an agreement could point in the direction of direct municipal application. There is in this respect an ambivalence in the Court's case-law. Much relevant case-law has appeared to be based on a presumption in favour of direct effect, expressed by using a negative turn of phrase: it is only where the nature and structure of the agreement preclude direct effect that the Court will not apply the agreement ⁽²¹⁾. That presumption is not always present however, and it is in particular un-

⁽¹⁹⁾ D. McGoldrick, *International Relations Law of the European Union* (Longman, 1997) 127. For such an instance see Case C-1/96 *R v MAFF, ex parte Compassion in World Farming* [1998] ECR I-1251, paragraph 35.

⁽²⁰⁾ Case C-149/96 *Portugal v Council* [1999] ECR I-8395.

⁽²¹⁾ See e.g. Case C-235/99 *Kondova* [2001] ECR I-6427.

clear whether the more recent case-law maintains it. *Portugal v Council*, on the WTO Agreement, was perhaps the first judgment in which the Court took a different approach. What it did there was not to examine whether the agreement's nature and structure precluded direct effect; rather, it focused on whether the agreement required such effect. This the WTO Agreement did not do, of course, and the Court was broadly right to focus on the WTO dispute settlement system which, by providing for certain remedies for non-compliance, showed that direct application of WTO law was not required: if it was, meaning that States would make WTO law part of their domestic law, there would be no need for these international remedies.

This type of argument has its limits, though. Even an international agreement which requires direct application could benefit from setting up a system of dispute settlement with remedies for non-compliance. The EU Treaties do this, of course: the Commission and the Member States may seek to have EU law enforced. In fact, notwithstanding the direct effect of EU law, strong 'supranational' remedies have been introduced in the form of the scope for a financial penalty to be imposed pursuant to Article 260 TFEU. This has never led the Court to revisit *Van Gend en Loos*, quite rightly. Indeed, the opposite reasoning of that of the Court in the case-law on WTO law is perhaps more persuasive: the fact that the WTO members have provided for a strong dispute settlement system shows the importance they attach to ensuring compliance with WTO law, and is an argument in favour of direct application as a further tool of enforcement.

If the analysis is to be whether an international agreement requires direct application, and if the relevant criterion is whether the agreement provides for its own system of remedies, then there will be very few positives. In *Portugal v Council*, the Court did not leave it at that. It went on to pursue a more autonomous analysis, by focusing on the room for manoeuvre, in the WTO, for the EU's political institutions. This constitutional argument, which focuses on the respective roles of the EU's legislature, executive and adjudicator, is not however fully autonomous. The Court pointed out that the EU's main trading partners did not recognise the direct effect of WTO law, and that there would be a risk of asymmetry in the application of the agreement if the Court were to enforce EU compliance. In other words, the autonomous constitutional argument was linked to the practice in other jurisdictions, and to the overall application of the agreement.

But the point here is that this approach leads to a dead end. Short of a universal consensus that international law must be directly applicable in municipal law, it will always be the case, in particular as regards multilateral agreements, that not all parties accept direct effect. This is clearly not an approach which puts the EU in the vanguard of the struggle to enforce the international rule of law.

There is however scope for a fundamentally different course of analysis, of which there are in fact also traces in the Court's case-law – including in *Van Gend en Loos*. In addition to the investigation into the 'esprit' of the EEC Treaty, the direct effect of EU law is as much a product of a much more functional and practical consideration: that it very much assists in the proper enforcement of EU law. It was perhaps mainly with a view to such enforcement that the Court adopted a wide conception of when the founding Treaties confer rights on private parties: these rights, unexpressed, may simply be a reflection of obligations imposed on other individuals, the EU institutions, or the Member States. In practice, of course, the latter type of obligations were, and are, the most significant ones.

EXTENDING *VAN GEND EN LOOS* TO INTERNATIONAL LAW

If the EU seeks to contribute more strongly to the enforcement of international law, the best it could do would be to transpose this basic finding of *Van Gend en Loos* – within certain limits – to international law and international agreements. As discussed above, international law itself increasingly accepts individuals as subjects. That is not equivalent to requiring direct municipal application. Again, even the Strasbourg Court has not interpreted the Convention, which is all about individual rights, as demanding direct effect. But this incapacity of international law itself to re-unite the two universes should not stop the Court from approximating them, from within the constitutional autonomy of EU law.

The Court is therefore on stronger conceptual ground where it focuses on whether an agreement confers rights or freedoms, rather than on an abstract, institutional and *Realpolitik* analysis such as that of the WTO cases. But its attitude should be more liberal than in *Intertanko*. The basic premise ought to be the recognition that many, or even most international agreements, have a general normative function, in the sense that their norms are, in substance, destined to become part of municipal law, and to regulate relations between

individuals and national authorities, or even directly between individuals⁽²²⁾. To that effect, they may expressly provide for individual rights, but are more likely – like the original EEC Treaty – to impose obligations on the contracting States (and on the EU as a contracting party). There is little reason not to accept, like in *Van Gend en Loos*, that individual rights are the reflection of such obligations.

The reciprocity argument, by contrast, sits most uneasily with a progressive conception of the EU as an international actor, and with an autonomous EU conception of the relationship between EU and international law. The direct effect of *Van Gend en Loos* is in the nature of an EU stem cell. Requiring reciprocity constitutes a return to a conception of international cooperation which conceives of international law as a mere instrument of international politics. It sends out the message that the EU insists on being unique, and does not attempt to extend its model of strong rule-of-law-based international cooperation to its relations with others.

The Lisbon Treaty emphasises respect for international law, and rightly so. The EU is working towards becoming an even more significant global actor, which is one of the main goals of the institutional changes made by Lisbon. It effectively exports many of its norms to non-member countries, for example through association and free-trade agreements. The EU's internal approach is one in which EU law is integrated in national law. International agreements concluded by the EU are an integral part of EU law. Their direct effect ought to be recognised in much the same way as the direct effect of the founding Treaties and of EU legislative instruments. That does not mean that the Court should all too easily conclude that the EU is violating its international obligations, and strike down EU legislation on that basis. Judicial review of legislation is constitutional-type review, and it would be right for the Court to limit intervention to clear-cut, manifest cases of breach. There is room for the constitutional argument according to which the EU's political institutions are primarily responsible, not merely for determining the terms and content of the EU's consensual international obligations, but also for their proper implementation. Also, where the international agreement operates its own system of dispute settlement, the Court of Justice should not seek to substitute itself for the agreement's adjudicators.

⁽²²⁾ The TRIPs agreement is an example of an agreement substantively regulating also relations between private parties, as it concerns intellectual property rights.

But in cases of manifest breach, the international norm should, as a rule, be upheld. Among those cases one should definitely reckon those in which an international adjudicator, such as the WTO panels and Appellate Body, has established such a breach. Again not something the Court has been willing to accept ⁽²³⁾.

If we continue to believe, after 50 years, that *Van Gend en Loos* was a great idea, cementing a cross-European rule of law, then it is perhaps time for the Court to move further, and to be a protagonist in re-uniting the universes of international and municipal law.

⁽²³⁾ *Van Parys*, cited above, and Joined Cases C-120/06 P and C-121/06 P *FIAMM and Others v Council and Commission* [2008] ECR I-6513.



Van Gend en Loos +50: the Changing Social Context of Direct Effect

Michal Bobek

PROFESSOR, COLLEGE OF EUROPE, BRUGES
RESEARCH FELLOW AT THE OXFORD UNIVERSITY INSTITUTE OF EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW

IN THE LIGHT OF EX post created narratives, the choice of the Court of Justice made in *Van Gend en Loos* ⁽¹⁾ appears an inevitable necessity. In order to create a functioning Community of peoples of Europe, the Court made the choice it had to make. As the ongoing historical research into early case-law of the Court nonetheless suggests ⁽²⁾, there was nothing inevitable with respect to the approach eventually adopted in *Van Gend en Loos* ⁽³⁾. A robust vision of direct effect adopted there was a particular value choice made by a particular group of people at a particular point of time within a given social context.

Fifty years down the road, we refer to *Van Gend en Loos* as *the* foundation of a legal system. Thus, even if in 1963, direct effect was not carved in stone,

⁽¹⁾ Case 26/62, *Van Gend en Loos en Loos v Administratie der Belastingen* (Netherlands Inland Revenue Administration) [1963] ECR I (English Special Edition).

⁽²⁾ See notably Morten Rasmussen, 'Establishing a Constitutional Practice of European Law: The History of the Legal Service of European Executive, 1952-1965' (2012) 21, in *Contemporary European History* 375, and other contributions in the same special issue of *Contemporary European History* (issue 3, volume 21 (2012)). See also Antoine Vauchez, 'The transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos en Loos and the making of EU polity' (2010) 16, in *European Law Journal* 1.

⁽³⁾ Moreover, the approach was bold, but not unheard of or revolutionary. See for instance the discussion on direct applicability of some Treaty provisions already in Eric Stein and T.L. Nicholson (eds.), *American Enterprise in the European Common Market: A Legal Profile* (Ann Arbor, The University of Michigan Law School, 1960) 17 and 486-487.

today it is generally believed to be. This contribution proceeds from a slightly more critical starting assumption: direct effect was not carved in stone neither in 1963, nor today. Quite the contrary: seen from the point of view of the comparative practice in national courts as well as from the case-law of the Court itself, direct effect is in fact still quite an unexplored and somewhat fragile principle. Moreover, it is not static. Within the current constitutional construction of the Union, it is being constantly re-negotiated and re-affirmed in the judicial practice. This starting assumption brings to the fore the key question of this contribution: can the on-going foundation and legitimacy for direct effect remain the same today as it was some fifty years ago? Or should the changed social context of the Union of today as opposed to the EEC in 1960s, matter for redefining the justification narrative of direct effect and much of the legitimacy of the Court's case-law?



Fifty years is a dignified age. The person celebrating it is expected to be experienced, established, and mature. The principle of direct effect, however, has difficulties fitting such a birthday picture. It remains astonishingly *unexplored*, even today. What is the precise scope of direct effect (a narrow or broad notion, exclusion, substitution, or both)? What is its exact relationship to other principles of EU law (to direct applicability, indirect effect, or even primacy)? How many direct effects are there in fact with respect to the various sources of EU law and why (the differentiation between Treaty provisions, directives, international law provisions and so on)? Finally, but perhaps first of all, when exactly is a provision sufficiently clear and precise as to be directly effective? What is the real test? The Court has the habit of simply announcing the result of its examination with respect to direct effect of a provision, without dwelling too much on the exact level of precision and clarity a provision must meet in order to qualify for direct effect. Such a 'test' is very difficult to carry out independently in other cases or to replicate, by national courts as well as other actors. In his Opinion of 12 December 1962 in *Van Gend en Loos*, Advocate General Roemer stated that Article 12 EEC Treaty cannot be directly effective (directly applicable) because it lacks 'a precise indication of the intended legal effects' ⁽⁴⁾ that potential direct effect was supposed to produce in the Member States. With tongue-in-cheek, one might wonder what the position of the learned Advocate General in this respect would be today. In sum, we have a 50 year-old spirit of *Van Gend en Loos* but still located inside the

⁽⁴⁾ [1963] ECR 16, at 22.

body of a baby, who keeps growing and is not entirely sure about the use and direction of individual limbs.

Within the constitutional structure of the Union, direct effect remains quite a *fragile* principle. The cohesion of EU law and the national legal systems is still primarily a judicial construct. It is based on the case-law of the Court and its ongoing acceptance, or, more precisely, on the absence of open revolts, by the national courts. It is, in a way, a compromise, which is being constantly renewed in current case-law.

As with any couple, also in the relationship between the Court and national courts, it is vital that their mutual vows are periodically renewed. In a way, direct effect is a ‘vow to engage’ with each other, binding the Court and the national courts. What the principle lacks in its legal precision, it gains in the strength of its political message. When renewing this vow, and when formulating further requirements of EU law on its basis, it is necessary to be aware of changed circumstances on which the entire edifice has been built. These changed circumstances affect the substantive legitimacy of Court’s decisions at the national level.

This change can perhaps be best explained by the way of contrast. In 1963, starting with *Van Gend en Loos*, it was chiefly economic operators, most frequently legal persons – undertakings – who were put at the central stage in justifying direct effect. Reading through the Court reports from the 1960s well into the late 1980s or even 1990s, one encounters the same ‘usual suspects’. The official narrative and the source of legitimacy for the Court’s judicial inventions henceforth developed is well known and often repeated. It was the economic operators who actively vindicated their rights against the Member States, with the Court upholding these rights and providing remedies. The ‘private attorney’ or ‘private enforcement’ of EU law model narrative was born, which has been providing a powerful justification for the Court’s further judicial creativity, including the direct effect of EU law: ‘It was not our invention, it was the individuals of Europe who came seeking legal protection from us’. The characters and their cast were thus clear: the Member States for the Dark Side, the E(E)C for the Light Side. At this stage, however, for normal physical persons in the Member States, most of this was indeed Star Wars: disputes happening between larger economic players and states, in a Luxembourg galaxy far, far away.

Cut. We are in 2013. Union law has expanded considerably into new areas of law over the last 15 or 20 years. It started engaging much more with fields of law directly affecting natural, physical persons, not just economic operators (within areas such as Justice and Home Affairs; fight against terror measures; criminal, civil and administrative cooperation and the spree of horizontal enforcement mechanisms in all these areas of law; deeper involvement in social and labour matters in the Member States; and so on). Above all, however, there is now the omnipresent fundamental rights discourse, which can translate whatever legal issue into a fundamental rights question. It is thus no accident that the two most important cases handed down in 2013 (so far) by the Court are those in which characters and their cast became reversed. In *Melloni* ⁽⁵⁾ as well as partially in *Åkerberg Fransson* ⁽⁶⁾, it is in fact the Member States which find themselves on the Light Side and the Union on the Dark Side.

The social context has thus been changing considerably. Starting with *Van Gend en Loos*, it was the individuals who in the name of the EU or the E(E)C, while pursuing their own interests, were dismantling the bad, protectionist Member State. Today, it is more and more often the good, old Member State who appears to be protecting its poor citizens against the evil EU, which for instance insists on extraditing (surrendering) them into another Member State ⁽⁷⁾; which wishes to monitor any electronic communication of any

⁽⁵⁾ Judgment of the Grand Chamber of 26 February 2013, Case C-399/11, *Melloni*.

⁽⁶⁾ Judgment of the Grand Chamber of 26 February 2013, Case C-617/10, *Åkerberg Fransson*. It is true that in contrast to *Melloni*, the *Åkerberg Fransson* scenario is mixed, with both, the Union and the Member State having some light as well as dark tones. However, the Union is hardly the knight in the shining armour in *Åkerberg Fransson* either: even if the applicable law in question was of national origin, its purpose and effect was to collect taxes for the Member State as well as the Union (in case of the Value Added Tax). Thus, the individual is provided with no protection against its Member State that might have perhaps overreached in terms of enforcement, as the Union itself sees the benefit in efficiently collecting its share of the VAT. This is not to say that the decision in *Åkerberg Fransson* was wrong. It is just to capture the humane message of the case, from which it would appear that there can indeed be two Sith Lords at the same time.

⁽⁷⁾ See Council Framework Decision No 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (OJ 2002, L 190, p. 1) and by now a number of cases interpreting it, starting with Case C-303/05, *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633.

individual⁽⁸⁾; which intends to disclose the incomes of agricultural subsidy beneficiaries, thus disrespecting their privacy⁽⁹⁾; which believes that having secret EU legislation is a good idea⁽¹⁰⁾; and so on. In these and other cases, it is natural persons, human beings, who are directly concerned, not just undertakings. And they do not feel empowered by the EU. They feel threatened.

Even within the economic freedoms, the traditional stronghold of the EU, the Union's reputation is no longer overwhelmingly positive. Dismantling national regulatory regimes often leads to a push from the Member States for adopting EU legislation instead. In order to satisfy the regulatory demands from most of the Member States, the EU legislation often becomes quite complex. At the end of the day, it might be perhaps more complex and burdensome than a number of former national regimes. Added to this is the reality of an enlarged Union, within which there is a greater diversity of value choice and convictions. In particular in the former post-Communist Eastern and Central Europe, ten years after the 2004 accession perhaps no longer properly to be called the 'new' Member States, the constitutional value-choice and balance is much more individualistic than communitarian. These systems appear to value, for historical reasons, more individual freedom and its guarantees than the metaphysics of common aims, goals and purposes. Within such a constitutional heritage, to see the pre-Accession economic and commercial freedom shrinking and the regulatory density considerably increasing, with

⁽⁸⁾ See Directive 2006/24 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks (OJ 2006, L 105, p. 54) and Case C-301/06, *Ireland v Parliament and Council* [2009] ECR I-593 as well as pending cases C-293/12, *Digital Rights Ireland* (notice in OJ 2012, C 258, p. 11) and C-594/12, *Seitlinger* (notice in OJ 2013, C 79, p. 7).

⁽⁹⁾ See Commission Regulation (EC) No 259/2008 of 18 March 2008 laying down detailed rules for the application of Regulation No 1290/2005 as regards the publication of information on the beneficiaries of funds deriving from the European Agricultural Guarantee Fund (EAGF) and the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) (OJ 2008, L 76, p. 28) and Joined Cases C-92/09 and C-93/09, *Volker und Markus Schecke and Eifert* [2010] ECR I-11063.

⁽¹⁰⁾ See Commission Regulation (EC) No 622/2003 of 4 April 2003 laying down measures for the implementation of the common basic standards on aviation security (OJ 2003, L 89, p. 9) and Case C-345/06, *Heinrich* [2009] ECR I-1659.

the simultaneous impossibility to carry out substantive review on the national level, brings about certain EU-related disenchantment ⁽¹⁾.

The above in no way implies that the characters and their cast are by now completely reversed. That is certainly not the case. The cast has just become somewhat mixed. Anakin Skywalker is no doubt still a Jedi, fighting for the Light Side. One can just occasionally hear his somewhat heavy breathing in the background. The cases outlined above evidence a different but increasingly frequent scenario, within which the traditional narrative of decentralised private enforcement and the overlap of individual and EU interest are lacking. The social foundations on which *Van Gend en Loos* rested and the justification for direct effect it offered have changed.



What does all this mean for the lasting legacy of *Van Gend en Loos* and its future prospects? When re-affirming the vows with national courts, and perhaps further expanding them, within direct effect or elsewhere, it is vital to be aware of this changed context. In both a substantively, as well as a geographically enlarged Union, the traditional interest alliance between the Court and the individuals that has been providing a strong legitimizing element for the Court's judicial creations is considerably weakened.

However, this changed social context is not necessarily just bad news. It also has a strong positive element. The Court is no longer the one-sided, just rights-giving, economic court. It became, content-wise, a genuine supreme court of the Union, adjudicating today in virtually all areas of law. This fact ought to be, however, translated into a more balanced judicial method and approach.

The strength and legitimacy of a genuinely supreme court lies in its impartiality and independence. The source of its legitimacy rests less in substance (result or outcome) and more in the process itself, which in turn must be accessible, open and acknowledging of the conflicting interests. The move

⁽¹⁾ Or suggestions of actual drop in the level of protection for the individuals in the new Member States. See notably Anneli Albi, 'Ironies in human rights protection in the EU: pre-accession conditionality and post-accession conundrums', (2009) 15, in *European Law Journal* 46, or Anneli Albi, 'An essay on how the discourse on sovereignty and the co-operativeness of national courts has diverted attention from the erosion of classic constitutional rights in the EU' in Monica Claes and others (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures* (Cambridge, Intersentia, 2012).

towards a more process driven type of legitimacy would put arguably the legitimacy of the Court and the *Van Gend en Loos* heritage on perhaps more stable footing in the longer run. It would establish, not only in fact but also in philosophy, a genuine supreme court for the Union, which even-handedly decides in favour as well as against further integration. Such court would draw its legitimacy from the impartial judicial process itself, not from one-sided ‘corruption by rights’ for the individuals coupled with messianic ⁽¹²⁾ promises of a ‘Community of Destiny’ to come. It may be suggested that the time is ripe for taking such a step, certainly in view of the changed social context of the Union today. A genuine and sharp guardian of the EU institutions who puts the rule of law and individual protection firmly before fostering further integration at any cost, in particular by rubberstamping questionable and not well thought-through legislative adventures, would certainly gain more in terms of trust and correlating legitimacy.

The coming years will show whether the approach of the Court could be transformed in such a way. One last, to some extent pre-emptive, remark: a greater reliance on process-based legitimacy for a court within a certain social context means in no way an automatic resignation or abdication. It means adaptation and evolution. There might be suggestions that the Court should, in order to honour the fiftieth anniversary of the *Van Gend en Loos* judgment, start making new quantum leaps forward with new bold judgments, yet again re-launching the process of the European integration in view of the current political malaise. Such suggestions appear to be grounded in an acute variety of modernist illness, which allows only for bi-polar linear thinking. If something is not growing, expanding, enhancing, multiplying, or deepening, it must automatically be declining, decaying or disintegrating. However, in spite of this modernist linear delusion, evolution and time in the human history have always been cyclic. No body or organism can support permanent growth, permanent quantum leaps or permanent revolutions. If it is to survive in a longer term, it naturally needs time to consolidate, to stabilize, and even to decline a bit from time to time. Otherwise, as the history teaches us, organisms or institutions which always and only expand are bound to either implode or start lying to themselves, as the official linear growth rhetoric ceases to have anything to do with the reality.

⁽¹²⁾ For the notion of messianic legitimacy within the EU, see J.H.H. Weiler, ‘The Political and Legal Culture of European Integration: an Exploratory Essay’ (2011) 9, *ICON* 678, 682.



Conjuguer justice et prudence: commentaire sur le développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union

Hélène Ruiz Fabri

PROFESSEURE À L'ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE, UNIVERSITÉ PARIS 1 — PANTHÉON-SORBONNE

MON PROPOS SE SITUE ESSENTIELLEMENT dans la lignée de celui du professeur Eeckhout, qui invite, avec toutes les nuances nécessaires, à envisager un développement de l'effet direct du droit international dans l'ordre juridique de l'Union européenne et, corrélativement, dans celui des États membres. Plus précisément, au-delà de la question de la faisabilité, c'est le caractère souhaitable d'une telle évolution qui est mis en question, sachant que l'effet direct du droit international est, de façon générale et proportionnellement, peu répandu. Il ne découle pas de réponses générales de principe positives mais de possibilités légales éventuellement formulées par les Constitutions⁽¹⁾. Leur mise en œuvre relève pour l'essentiel de décisions prises au cas par cas par les juges nationaux. C'est parfaitement logique dès lors que l'effet direct dépend de caractéristiques que toutes les normes ne possèdent pas automatiquement⁽²⁾, mais, même indépendamment de cette considération, le droit international n'a pas

189

(1) On cite couramment la Constitution néerlandaise, ce qui démontre au passage qu'il n'y a pas tant d'exemples à citer.

(2) On se réfère là au sens le plus habituel de l'effet direct, c'est-à-dire l'effet direct matériel, lié au contenu de la norme, dont le degré de précision et le caractère inconditionnel autorisent (sous réserve de l'introduction formelle en droit interne) l'application (et donc l'invocabilité devant un juge) sans mesure complémentaire.

l'effet direct dans son ADN ⁽³⁾ et sa situation peut être considérée comme relevant d'une présomption réfragable d'absence d'effet direct.

Se centrer sur le caractère souhaitable d'un développement de l'effet direct du droit international en droit de l'Union expose à un double écueil, puisqu'une réponse négative connotera un discours plutôt conservateur et ne sera pas politiquement correcte par rapport à «l'idéologie *Van Gend en Loos*» ⁽⁴⁾, tandis qu'une réponse positive apparaîtra comme une position activiste parfaitement «vendable» en tant que discours mais suscitant des doutes sur sa praticabilité et, surtout, sur l'avantage qu'elle représente en définitive pour l'ordre juridique de l'Union européenne. On le perçoit si on évoque un exemple qui a déjà beaucoup pesé sur le débat, celui du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ⁽⁵⁾. Il constitue un utile contrepoint par rapport à la conviction avancée par certains auteurs qu'il faudrait développer les techniques du droit européen et les faire rayonner vers le droit international. Ainsi en est-il d'Anne-Marie Slaughter et de William Burke-White dans un article intitulé «The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)» ⁽⁶⁾, où l'on relève cette intéressante formule que l'on peut traduire par «une manière d'être européenne du droit». Cet article prend clairement le parti de considérer qu'une exportation de cette manière d'être européenne du droit (à laquelle la solution *Van Gend en Loos* appartient sans aucun doute) vers le droit international accroîtrait l'effectivité et, partant, l'efficacité, de ce dernier. Mais il n'en élude pas les risques et invite à se rendre compte que la plupart des arguments que l'on peut évoquer sont parfaitement réversibles.

Parmi les arguments les plus courants en faveur d'un développement de l'effet direct du droit international en droit européen, il y a, en tout premier lieu, celui de l'extension des droits des particuliers, ces citoyens dont on a dit

⁽³⁾ Pour paraphraser la formule de Weiler, J. H. H., «Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: an Exploratory Essay», dans Dickson, J., Eleftheriadis, P. (eds.), *Philosophical foundations of European Union law*, Oxford University Press, 2012, p. 137-158.

⁽⁴⁾ Vauchez, A., «The Transnational Politics of Judicialization: Van Gend en Loos and the making of EU polity», *European Law Journal*, vol. 16, n° 1, janvier 2010, p. 1-28.

⁽⁵⁾ Ehlermann, C.-D., «On the Direct Effect of the WTO Agreements», dans Einhorn, T. (ed.), *Spontaneous Order, Organization and the Law, Liber Amicorum E.-J. Mestmäcker*, Asser Press, 2003, p. 413-419.

⁽⁶⁾ *Harvard ILJ*, vol. 47, 2006, p. 327-352.

qu'ils pourraient devenir des «avocats généraux privés» ⁽⁷⁾ aptes à stimuler l'ordre juridique européen là où les États membres manquent de volonté pour le faire, quelles que soient les causes de ce manque de volonté (absence d'intérêt ou, au contraire, intérêt à ne pas respecter les engagements internationaux). Un deuxième argument met en avant la culture juridique européenne ⁽⁸⁾, très attachée au respect du droit, avec une quasi-sacralisation, presque une «théologie politique» ⁽⁹⁾, que l'on relie aisément au fait que le droit est un instrument privilégié de la construction européenne. Cela conduit les Européens à être tentés d'exporter cette idée du droit qui leur a réussi, avec une préférence forte pour un système international fondé sur des règles (*rules-based system*) par opposition à un système fondé sur la puissance (*power-based system*), une croyance dans les vertus du multilatéralisme qui va de pair avec un goût prononcé pour l'universalisme, dès lors notamment que sont en cause des valeurs considérées comme fondamentales, au cœur desquelles se situent au premier chef la paix, les droits de l'homme et l'adhésion à l'idée de hiérarchie des normes, à celle de communauté internationale, au rôle du juge ⁽¹⁰⁾. Un troisième argument, assez proche, souligne que c'est une manière de prendre le droit international au sérieux et d'être en cohérence avec les engagements internationaux pris tout en accroissant leur effectivité.

Mais là, surgit la question téléologique: quel(s) objectif(s) poursuit-on? ou, formulée plus crûment: qu'est-ce que l'Union européenne pourrait gagner de davantage d'effet direct du droit international? Car, dès lors qu'on ne peut considérer comme un postulat que le développement de l'effet direct est automatiquement un progrès (ce qui relève d'un jugement de valeur), réfléchir sur son caractère souhaitable suppose de réfléchir sur le projet politique qui sous-tend l'entreprise et, partant, d'examiner le revers des arguments favorables. On ne peut d'abord oublier que l'effet direct qu'on envisage ici ne comporte

⁽⁷⁾ Ou «a policeman of his or her country's compliance with their obligations». Voir Weiler, J. H. H., «The WTO: Already the Promised Land?», dans Cassese, A. (ed.), *Realizing Utopia, The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 423.

⁽⁸⁾ Wood, M., «A European vision of International Law: for what purpose?», dans Ruiz Fabri, H., Jouannet, E., et Tomkiewicz, V. (ed.), *Proceedings of the Second Biennial Conference of the European Society of International Law*, Hart Publishing, 2007, p. 151-164; Ruiz Fabri, H., «Nécessité d'une approche européenne du droit international? Ni oui, ni non, ni blanc, ni noir», dans SFDI/Société allemande de droit international, *Droit international et diversité des cultures juridiques*, Paris, Pedone, 2008, p. 223-240.

⁽⁹⁾ Koskenniemi, M., «International Law in Europe: Between Tradition and Renewal», *EJIL*, vol. 16, 2005, p. 120.

⁽¹⁰⁾ Dupuy, P.-M., «Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi», *EJIL*, vol. 16, 2005, p. 137.

pas les corollaires qu'il a en droit de l'Union, en particulier le mécanisme de la question préjudicielle qui a pour effet que, une fois la question de l'effet direct d'une disposition tranchée par la Cour de justice, la solution s'impose de façon homogène à l'ensemble des États membres. Dans la mesure où la très grande majorité des traités internationaux ne règle pas la question, celle-ci est susceptible de recevoir autant de réponses qu'il y a de parties à ces traités, avec l'effet d'asymétrie qui en découle sur le degré de contrainte des obligations. On en connaît les conséquences: d'une part, la partie au traité soumise à l'effet direct de ses engagements et dont, de ce fait, la responsabilité est doublement susceptible d'être recherchée (au niveau international et au niveau interne) tendra à être plus exigeante vis-à-vis de ses partenaires (en particulier si le traité en cause est assorti d'un mécanisme de règlement des différends); d'autre part, elle sera plus méfiante à l'égard de la conclusion d'accords ultérieurs dans un contexte où l'on sait déjà l'acquisition d'accords multilatéraux très difficile. Par ailleurs, par le rôle qu'il confère au juge interne, l'effet direct modifie l'équilibre des pouvoirs au niveau interne ⁽¹¹⁾. Or, la marge de décision du juge interne est largement indéterminée puisque, s'il est admis en droit international qu'une convention internationale ne peut se voir reconnaître un effet direct que si ses parties le veulent ⁽¹²⁾, cette volonté reste le plus souvent informulée et les conventions internationales sont généralement muettes sur la question. Sous réserve mais aussi indépendamment de la satisfaction des conditions de précision et d'inconditionnalité de la norme, ce qui est en effet fondamentalement en cause dans le choix opéré par le juge est l'invocabilité de la norme internationale par les justiciables, avec l'hypothèse vraisemblable que cette norme leur confère des droits dont ils sont autrement privés. On rencontre là principalement un argument de justice.

Il ramène vers la question de savoir si, et, en cas de réponse positive, dans quelles circonstances, l'on doit donner à chaque citoyen, à côté des États membres, le pouvoir de surveiller le respect par l'Union européenne de ses obligations internationales et développer ce que certains appellent *compliance pull* ⁽¹³⁾? Même formulée à l'aune de l'idéal démocratique, la réponse est nuancée. D'abord, parce qu'on ne peut partir du principe ni qu'un État (ou l'Union

⁽¹¹⁾ Le phénomène a été suffisamment analysé concernant la Cour de justice pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y insister. Voir Vauchez, A., «Integration through Law» — Contribution to a Socio-History of EU Political Commonsense», *EUI Working Papers*, RSCAS, 2008/10.

⁽¹²⁾ CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, série B, n° 15, p. 18.

⁽¹³⁾ Franck, T., et Becker, I., *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford University Press, 1990, p. 42 et suiv.

européenne) prend tous ses engagements internationaux dans l'intérêt de tous ses citoyens, ni que le non-respect d'une obligation internationale est automatiquement oppressif pour les citoyens. On sait au contraire très bien que des engagements internationaux (comme toute décision politique) peuvent être pris sous la pression de groupes d'intérêt particuliers. Plus généralement, les États (et l'Union européenne) sont des êtres complexes dont les décisions sont le fruit d'arbitrages entre des intérêts divers qui ne peuvent jamais être tous satisfaits, situation qui n'est pas en elle-même antidémocratique. Les équilibres peuvent se modifier dans le temps, tout comme la portée des engagements internationaux (par exemple du fait de leur élargissement ou de leur interprétation), et l'intérêt de les respecter peut évoluer corrélativement. Il ne s'agit pas ici de légitimer par principe les raisons de ne pas respecter des engagements internationaux en plaidant pour ce qui pourrait apparaître comme une vision à peine modernisée et internationalisée de la raison d'État mais d'indiquer qu'elles ne sont, en fonction de leur contexte, pas toutes illégitimes parce qu'illégalles.

Un bon exemple, parce qu'il est, comme la question générale de l'effet direct, susceptible d'une analyse réversible, est fourni par l'affaire de la *Viande aux hormones* qui a longuement opposé les États-Unis et le Canada à l'Union européenne devant le juge de l'OMC ⁽¹⁴⁾. Lorsque sa mesure d'interdiction d'importation de bœuf aux hormones a été condamnée, l'Union européenne a décidé de ne pas la modifier ou la retirer mais de procéder à une nouvelle évaluation des risques destinée à la justifier, en vertu d'une option de politique sanitaire que le droit de l'OMC semble lui laisser en proclamant le principe du libre choix du niveau de protection ⁽¹⁵⁾. Mais les délais d'exécution des décisions jugeant que l'Union européenne n'avait pas exercé son choix initial dans les conditions requises l'empêchaient de respecter la chose jugée tout en procédant ainsi, dans la mesure où ils étaient largement inférieurs au temps nécessaire pour une nouvelle évaluation des risques. Elle a donc été frappée par des sanctions commerciales ⁽¹⁶⁾ qui ont, en pratique, produit leur effet

⁽¹⁴⁾ *Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26 (pour un résumé de l'affaire, voir: http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds26_f.htm), et *États-Unis — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE — Hormones*, WT/DS320 (pour un résumé, voir: http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds320_f.htm).

⁽¹⁵⁾ Article 3, § 3, de l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires.

⁽¹⁶⁾ Sur la qualification comme sanction, voir la très remarquable thèse d'Andrea Hamann, *Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC*, Thèse Paris 1, 2012, Prix SFDI 2013.

sur des acteurs économiques qui ne tiraient aucun bénéfice de l'interdiction d'importation de la viande aux hormones et pour lesquels ces sanctions représentaient donc une pénalité pure et simple. La reconnaissance d'un effet direct aux obligations en cause aurait permis à ces acteurs économiques de demander au juge européen de contraindre l'Union européenne soit à leur verser des compensations, soit à une mise en œuvre à laquelle elle résiste. Cela aurait pu avoir pour effet ⁽¹⁷⁾ de ne pas faire peser injustement sur certaines personnes privées le poids économique de la résistance à l'exécution, mais cette dernière serait devenue doublement coûteuse puisqu'aux sanctions internationales se seraient ajoutées les indemnités versées au niveau interne. Au surplus, et alors même que l'on sait pertinemment que certaines dispositions du droit de l'OMC remplissent techniquement les conditions qui leur permettraient d'accéder à un effet direct, une consécration judiciaire en l'occurrence aurait fait de l'Union européenne le seul membre de l'OMC à admettre un tel effet direct qui est globalement refusé dans son principe même [y compris par l'Union européenne ⁽¹⁸⁾].

Une voie moyenne, suggérée par Joseph Weiler, consisterait à distinguer au sein des obligations internationales entre celles dont les parties n'ont pas eu l'occasion de défendre leur interprétation lors d'une procédure de règlement des différends et pour lesquelles il est dès lors logique de ne pas admettre d'effet direct, et celles pour lesquelles les voies de recours internationales ont été épuisées et qui ont été à cette occasion interprétées. La résistance à l'exécution consacre alors non seulement une violation du traité mais aussi une violation de la chose jugée et, dès lors qu'elle débouche à l'OMC sur des sanctions commerciales qui frappent des personnes privées «innocentes», on peut considérer que la reconnaissance d'un effet direct serait une réponse adéquate à l'injustice de la situation. Une brèche serait cependant ainsi ouverte, ce qu'on a suggéré d'éviter avec une autre solution, également refusée par la Cour de justice, consistant à admettre une responsabilité sans faute de l'Union européenne. Au-delà de l'apaisement politique qu'une telle option aurait pu permettre, mais à raison de son coût, elle suscite d'intéressantes questions relatives à la marge de manœuvre dont les États (et l'Union) disposent dans la mise en œuvre de leurs obligations internationales, dans un temps du droit international où celui-ci n'est plus exclusivement dévolu à la régulation des relations

⁽¹⁷⁾ Dans l'hypothèse où le juge aurait admis la responsabilité de l'Union, ce qui n'est pas le cas. Voir CJCE, *Établissements Biret et C^e SA/Conseil de l'Union européenne*, 30 septembre 2003, aff. C-94/02 P, Rec. p. I-10565.

⁽¹⁸⁾ CJCE, *Portugal/Conseil*, aff. C-149/96, 23 novembre 1999, Rec. p. I-8395.

interétatiques mais est de plus en plus orienté vers l'encadrement de la liberté normative — ou marge réglementaire — interne de ses sujets. En somme, l'utilisation de l'effet direct comme levier d'efficacité concerne un droit international plus orienté vers le modelage des droits internes. Mais précisément, alors que l'usage de cet effet de modelage est parfaitement compréhensible — et instrumental — pour le droit européen en fonction du projet d'intégration qui le sous-tend, son occurrence concernant le droit international suscite davantage de perplexité. Le projet politique international, s'il existe, est loin d'être aussi homogène que le projet européen, voire varie substantiellement d'un système conventionnel à l'autre, le droit international (pas plus que les politiques juridiques des États) n'étant pas gouverné par la cohérence. Cela explique sans doute que la question de la liberté normative des États (ou, pour se référer à des notions proches, de *policy space*, de *regulatory space*, de marge nationale d'appréciation) soit un important sujet de débat en droit international, particulièrement en droit de l'OMC ou en droit des investissements et dans leur contentieux, où la rigueur des engagements pris rend difficile l'adoption de politiques publiques répondant à des préoccupations évolutives comme celles relatives à l'environnement, à la santé, à la protection sociale ou des droits humains. Or ces politiques répondent à des choix de valeurs. Elles ne sont sans doute pas unanimement partagées au niveau interne, elles ne sont certainement pas partagées au niveau international. Dans un tel contexte, l'effet direct doit, même au nom de la justice, être manié avec précaution.



Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt *Van Gend en Loos*?

Henri Labayle

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
PROFESSEUR AU COLLÈGE D'EUROPE, BRUGES
PROFESSEUR AU GLOBAL STUDIES INSTITUTE, GENÈVE

L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE *Van Gend en Loos* à l'ordre juridique communautaire a été déterminant. Pourtant, à y regarder d'un peu près et sans mésestimer en rien sa richesse, cet apport n'a pas eu nécessairement l'impact que l'on aurait pu croire en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ).

Conçu de manière horizontale, sans réelle volonté d'entamer les souverainetés étatiques, cet espace commun à l'Union et aux États membres doit certes une part importante de sa cohérence à l'œuvre de la Cour, qu'il s'agisse de son architecture initiale en forme de «piliers» ou de son fonctionnement volontairement ignorant de la méthode communautaire. De la pénalisation du droit communautaire ⁽¹⁾ à l'arrêt *Pupino* ⁽²⁾, de l'arrêt *Gözütök* ⁽³⁾ jusqu'à l'affaire *Kadi* ⁽⁴⁾, la Cour de justice a gravé dans le marbre de l'Union des principes

(1) CJCE, grande chambre, 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, aff. C-176/03, Rec. 2005, p. I-7879.

(2) CJCE, grande chambre, 16 juin 2005, *Procédures pénales/Maria Pupino*, aff. C-105/03, Rec. 2005, p. I-5285.

(3) CJCE, 11 février 2003, *Hüseyin Gözutök et Klaus Brügge*, aff. jointes C-187/01 et C-385/01, Rec. 2003, p. I-1345.

(4) CJCE, grande chambre, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, aff. C-402/05 P, Rec. 2008, p. I-6351.

directeurs, dont certains ont été constitutionnalisés par le traité de Lisbonne, malgré les réticences initiales et persistantes des États membres à l'encontre de la Cour de justice dans ce domaine.

Beaucoup reste encore à faire cependant, les potentialités de la jurisprudence *Van Gend en Loos* n'ayant pas été complètement explorées dans un ELSJ pris entre le marteau des droits fondamentaux et l'enclume des questions institutionnelles. Au point que certains, parmi lesquels des organisateurs de cette journée, n'hésitent pas à caresser l'idée d'un «nouvel» arrêt *Van Gend en Loos* propre à ce domaine.

D'où un doute persistant, conduisant à une question. En passant l'ELSJ au tamis de la jurisprudence de 1963, est-on bien certain que ce «patrimoine juridique» des individus, qui est vraisemblablement son principal apport, a réellement été constitué en la matière?

1. UN DOUTE

198

En affirmant la nouveauté de l'ordre juridique au profit duquel les États avaient «limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains», la Cour de justice ouvrait une voie que la réalisation de l'ELSJ n'emprunte pas aussi facilement que l'on croit. Point par point, il est facile de s'en convaincre.

Venue du droit international, l'entraide répressive demeure marquée par son empreinte intergouvernementale, autant que les politiques migratoires le demeurent par la vision souveraine des États membres. Un quart de siècle après la fondation de cet espace, à la fin des années 1980, la «limitation» des droits souverains des États n'a pas encore pleinement produit ses effets. Le «patrimoine juridique» des particuliers concernés ne s'est donc pas enrichi autant qu'on pouvait l'imaginer et quand bien même la matière paraissait s'y prêter de façon idéale.

Sans doute est-ce la conséquence de ce qu'ici le droit régissant l'ELSJ est, par hypothèse, moins «indépendant de la législation des États membres» que l'était son prédécesseur relatif au marché intérieur. Le «fonder» sur la reconnaissance mutuelle et l'animer en matière pénale par une méthode de «coopération» comme le propose le traité de Lisbonne réserve logiquement une place importante au droit interne. Le placer par la force des choses sous l'emprise

de textes internationaux à valeur supérieure, tels que la convention de Genève et la convention européenne des droits de l'homme (CEDH), relativise tout autant son autonomie en matière d'immigration.

Il s'en dégage une construction originale, différente de celle qui précédait et aux difficultés de laquelle la jurisprudence *Van Gend en Loos* a apporté les réponses que l'on sait. Cet édifice nouveau est moins soluble qu'il n'y paraît dans la mécanique de l'intégration européenne et il constitue un véritable révélateur de résistances étatiques nourries par les identités et les cultures nationales, elles aussi garanties par les traités fondateurs. La banalisation apparente de son traitement institutionnel à Lisbonne ne suffit pas à inverser la perspective, et cette tentation n'est guère aidée par une approche matérielle.

Prétendre aligner les ressorts de l'ELSJ sur ceux du marché intérieur, comme les tentations doctrinales y cèdent majoritairement, laisse en effet dubitatif.

D'abord, parce que ses acteurs nationaux et ses schémas de fonctionnement et de décision sont loin d'être identiques à ceux du monde ordonné par la jurisprudence *Van Gend en Loos*. Dans ce paysage en apparence semblable, la « confiance mutuelle » qui y est découverte au seul profit des États membres ne relève pas de l'esprit *Cassis de Dijon*, mais plutôt de la nécessité très pragmatique de réguler leurs comportements en les automatisant. Et la libre circulation des personnes, assise sur l'Acte unique européen, a changé de nature depuis Maastricht, comme la complexité de la jurisprudence s'en fait quotidiennement l'écho, au point que certains en dénie le bénéfice aux nouveaux États membres.

Ensuite, parce que, espace de « liberté », l'ELSJ n'est pas qu'une déclinaison du principe de libre circulation cher aux spécialistes du marché intérieur. La problématique des droits fondamentaux le traverse de part en part, comme dans nul autre domaine de l'intégration européenne, dans sa dimension interne comme dans ses rapports avec l'extérieur. Reposant sur les « valeurs » de l'Union, il devrait en toute logique en exprimer l'identité profonde dans le respect des particularités nationales, offrir une matrice à la constitution d'un modèle partagé.

L'ELSJ n'a donc pas pour corollaire l'effacement mécanique du droit national, au prétexte de la disparition des frontières intérieures, au contraire. De façon beaucoup plus complexe, il aménage progressivement le jeu des modèles

juridiques nationaux par un effet de vases communicants, où la charte des droits fondamentaux tient désormais un rôle central. Son chapitre relatif à la «justice» et ses nombreuses dispositions concernant la politique migratoire, dont le droit d’asile ou la protection des données, nourrissent les attentes des acteurs de terrain, et en particulier du juge national pénal.

Enfin, parce que l’ELSJ ouvre un chapitre de l’intégration européenne à nul autre semblable, parfois fait de chair et de sang, ceux des victimes du terrorisme de Londres et de Madrid et des disparus des côtes de Lampedusa.

Dans ces conditions, l’idée d’un nouvel arrêt *Van Gend en Loos* «qui fixerait les principes et les conditions juridiques régissant les droits et les obligations de tout un chacun au sein de l’espace unique européen»⁽⁵⁾ n’est pas aussi iconoclaste qu’il y paraît, dès lors que la Cour aura retrouvé la plénitude de ses compétences après 2014.

2. UNE INTERROGATION

200

Elle est simple: une avancée jurisprudentielle ne pourrait-elle pas cibler utilement quelques points particuliers, allant au-delà du travail de rationalisation déjà entrepris⁽⁶⁾ et liés, pour l’essentiel, au choix de la subsidiarité qui a guidé les auteurs des traités.

Car c’est bien de ce «patrimoine juridique» mis à jour par la Cour en 1963 qu’il faut entreprendre l’inventaire et les conditions d’attribution. Les destinataires individuels du droit de l’ELSJ ont vocation à voir leur situation juridique clarifiée plus nettement qu’aujourd’hui.

Si le traité sur l’Union européenne n’a pas conservé la formule de son prédecesseur⁽⁷⁾, qui fondait implicitement un «droit à la sécurité» des citoyens de l’Union, il fournit dans son préambule un appui analogue: la réalisation de l’ELSJ assurerait «la sûreté et la sécurité» des peuples de l’Union. La charte

(5) Perillo, E., «Le droit pénal substantiel et l’espace de liberté, de sécurité et de justice, deux ans après Lisbonne: une analyse de jure condito et quelques perspectives de jure condendo», rapports du XXV^e congrès de la FIDE, vol. 3, Tartu University, 2012, p. 99.

(6) Bachoué, G., *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale dans l’Union européenne, contribution au processus de juridictionnalisation de l’Union*, thèse, Pau, 2012.

(7) Article 29 TUE: «[...] l’objectif de l’Union est d’offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice[...]».

des droits fondamentaux, elle, tranche l'hésitation: l'Union «place la personne au cœur de son action [...] en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice».

Tant au regard des politiques migratoires que de l'entraide répressive entre États membres, la situation exacte de cette «personne» au sein de l'ELSJ mérite des précisions indispensables. Les règles la concernant ne sont-elles pas souvent qualifiées par les traités de «minimales» et contraintes par le respect des «traditions et systèmes juridiques des États membres»?

Car, devant les dysfonctionnements classiques de la législation dérivée que l'on constate aujourd'hui sans disposer toujours des moyens d'y répondre, la Cour sera bientôt mise au défi de démêler des interactions problématiques. Confronté à la situation des demandeurs de protection ou à des questions délicates d'incrimination pénale, le juge de l'Union devra leur apporter les réponses que la protection juridictionnelle et l'égalité devant la justice réclament.

Comment ne pas, à un moment ou à un autre et le plus tôt sera le mieux, clarifier la situation et accepter (ou refuser) de prendre la mesure des particularités du droit pénal au regard des autres branches du droit de l'Union?

201

Qu'il s'agisse de l'étendue des compétences pénales de l'Union ou des conditions propres d'élaboration de ses règles, une précision des relations de l'Union avec l'exercice du droit de punir est inévitable à moyen terme. En tirer les conséquences au niveau individuel, notamment en ce qui concerne le jeu du contrôle juridictionnel, sera décisif, y compris quant à ses conséquences sur les fonctions de la Cour.

Mais c'est sans doute sur un autre terrain que l'urgence se situe, celui du jeu d'un principe découvert il y a dix ans par la Cour elle-même: le principe de «confiance mutuelle», support d'une reconnaissance réciproque qu'elle commande. Son instrumentalisation afin de combler la réticence à légiférer appelle un cadrage de principe.

À la fois condition et conséquence de l'entraide entre les États membres, cette confiance réciproque est en réalité autant présumée que fondée. D'où des questions qui ne peuvent plus être passées sous silence, notamment celle de son contrôle judiciaire.

Présentée comme l'alpha et l'oméga de l'ELSJ par le législateur comme par la Cour, qui n'a pas craint de l'élargir à la politique d'asile ⁽⁸⁾, à tort à notre avis, la confiance ne saurait être aveugle dans un milieu encore hétérogène.

Les statistiques des violations des dispositions de la CEDH par des États membres de l'UE démontrent, si besoin en était, que la présence dans le Conseil de l'Europe ne vaut pas davantage brevet démocratique que l'appartenance à l'Union. À l'instant où, par choix politique ou par contrainte économique, certains États membres ne parviennent plus à se conformer aux standards sans lesquels cette confiance n'a plus de sens, l'attitude de la Cour est observée.

À dire vrai, elle n'emporte pas une adhésion absolue à ce jour.

La logique de 2003 expliquait vraisemblablement la proclamation d'un principe de confiance mutuelle entre États membres. L'équilibre aurait dû conduire, depuis, à s'interroger sur sa portée à l'égard des individus. Au moins autant que les États, les citoyens de l'Union sont en effet en droit de nourrir une confiance minimale dans les systèmes juridiques nationaux que l'Union s'efforce de rapprocher et de coordonner dans la lutte contre le crime.

Or, en l'état du droit et de la jurisprudence, tel n'est pas le cas. Lorsque, dans des affaires récentes relatives au mandat d'arrêt européen, la possibilité existe de ne pas délivrer une lecture intégriste de la confiance mutuelle, la Cour ne la saisit pas, malgré les ouvertures de ses avocats généraux ⁽⁹⁾. Lorsqu'un juge constitutionnel l'a interrogée récemment sur la possibilité de retenir une lecture plus avantageuse des garanties fondamentales, en vertu de l'article 53 de la charte, elle a fait prévaloir les impératifs de la primauté du droit de l'Union ⁽¹⁰⁾.

Construire la confiance réciproque des États membres malgré la défiance croissante des citoyens à l'encontre d'une confiance mutuelle mal balisée constitue donc un défi à la mesure des enjeux en cause. Affirmer l'autonomie du droit produit dans le cadre de l'ELSJ et y adapter l'action du juge serait une façon de le relever utilement.

⁽⁸⁾ CJUE, grande chambre, 21 décembre 2011, *N. S.* (C-411/10) et *M. E. et autres* (C-493/10).

⁽⁹⁾ CJUE, grande chambre, 16 novembre 2010, *Gaetano Mantello*, aff. C-261/09, Rec. 2010, p. I-11477; CJUE, grande chambre, 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11.

⁽¹⁰⁾ CJUE, 26 février 2013, *Procédure pénale/Stefano Melloni*, aff. C-399/11.

Autrement, continuer à parier sur cette confiance présumée serait risqué, devant la lucidité grandissante des citoyens de l'Union qui n'y voient qu'artifice.



Jean-Victor Louis

PROFESSEUR ÉMÉRITE DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

DANS SES MOTS D'ACCUEIL AUX participants, le président du comité d'organisation, M. Antonio Tizzano a justifié la tenue de cette conférence, organisée, fait exceptionnel, par la Cour de justice, en qualifiant l'arrêt *Van Gend en Loos* de jalon dans l'histoire de l'intégration européenne. Au cours de son allocution d'ouverture, le Président Skouris a invoqué la nécessité d'un retour aux sources en temps de crise. Ces deux aspects, célébration et leçons pour le présent et pour l'avenir, ont coexisté au cours des travaux de la conférence.

Le contexte dans lequel la Cour rend ses arrêts a joué un rôle important lors de l'adoption de ses premières décisions. Il est encore déterminant aujourd'hui alors que la cohésion d'une Union fort diversifiée se relâche et que les principes fondateurs sont souvent relativisés.

En 1962-1963, il s'agissait, pour la Cour, de réagir contre les prétentions protectionnistes des gouvernements qui plaidaient devant elle.

Pierre Pescatore a souligné que l'arrêt *Commission/Luxembourg et Belgique* du 14 décembre 1962 dans une affaire de droit spéciaux à l'importation de pain d'épice ⁽¹⁾ avait, en termes vigoureux, souligné la portée fondamentale de l'article 12 du traité CEE au point que cet arrêt, rendu alors que l'affaire

(1) Aff. jtes n° 2/62 et 3/62.

Van Gend en Loos était en cours, constituait la préfiguration de l'arrêt dans cette dernière affaire ⁽²⁾. Dans les deux cas, ce sont les positions candidement protectionnistes des gouvernements en cause qui ont, pour une bonne part, expliqué la motivation de type constitutionnel adoptée par la Cour. Il s'agissait, en effet, de la part des États défendeurs, d'une résistance frontale aux conséquences qui résultaient pour ces États de l'adhésion à la CEE. Un coup d'arrêt était indispensable face à ces tendances destructrices de l'ordre juridique nouveau. L'arrêt *Van Gend en Loos* a constitué cette réaction nécessaire. Le professeur Pescatore justifie ainsi la démarche de la Cour: «La principale idée neuve véhiculée par le processus d'intégration communautaire était qu'il convenait, dans l'interprétation des traités, de prendre les États "au mot" et de tirer les conséquences d'engagements intrinsèquement interétatiques, mais en raisonnant dans la logique propre d'un système à dimension constitutionnelle, c'est-à-dire "en fonction de son potentiel normatif"» ⁽³⁾.

Dans la période actuelle, marquée par une crise, d'abord financière, puis budgétaire et économique, d'une grande gravité, le repli sur soi est, pour certains, une tentation difficilement résistible. C'est sans doute dans ce contexte qu'il faut comprendre les affirmations fortes en faveur de la primauté du droit de l'intégration et la référence à la «primauté, unité et effectivité» du droit de l'Union que l'on trouve dans des décisions ayant fait quelque bruit, prononcées dans les affaires *Melloni* ⁽⁴⁾ et *Akerberg-Fransson* ⁽⁵⁾. Ne pourrait-on pas penser, faute de réaction, que l'ordre juridique de l'Union a deux juges suprêmes, celui de Luxembourg et tel autre juge constitutionnel? D'aucuns ne sont pas loin de le penser, en dehors des milieux scientifiques. Il en sera question dans la suite de ces conclusions.

Après quelques développements sur l'arrêt lui-même et ses retombées, les présentes conclusions porteront sur le concept d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union et, enfin, seront mentionnées quelques perspectives, le tout

⁽²⁾ Voir «*Van Gend en Loos*, 3 February 1963 — A View from Within», The Past and Future of EU Law, Póiares Maduro, M., et Azoulai, L. (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2010, p. 3-8, spécialement p. 4.

⁽³⁾ Voir Simon, D., «Hommage à Pierre Pescatore», [en référence à la préface de sa thèse: *L'interprétation juridictionnelle des traités d'organisations internationales*, Pedone, Paris, 1981, p. IX], *Revue de la faculté de droit de Liège*, 2010, 4, p. 423 et suiv., spécialement p. 426.

⁽⁴⁾ Arrêt du 26 février 2013, C-399/11, *Stefano Melloni/Ministerio Fiscal*.

⁽⁵⁾ Arrêt du 26 février 2013, C-617/10, *Aklagaren/Hans Akerberg Fransson*.

à la lumière des interventions suggestives que nous avons entendues au cours de la conférence.

D'abord, le retentissement immédiat de l'arrêt a été noté par plusieurs intervenants ⁽⁶⁾. Ceux, rares parmi les assistants à la conférence organisée par la Cour, qui ont participé au 2^e colloque de la Fédération internationale pour le droit européen (FIDE) à La Haye, en 1963 ⁽⁷⁾, où étaient réunis la plupart des «académiques» et des praticiens s'occupant à des titres divers du nouveau droit, se souviennent de l'enthousiasme qui régnait alors. Le principal sujet de discussion était centré vers l'avenir: la doctrine de l'arrêt impliquait-elle la primauté du droit communautaire sans qu'il soit besoin d'une motivation supplémentaire ou convenait-il de consolider le rang du droit communautaire en cherchant à lui trouver dans le traité une base de droit positif? Le débat opposait alors un négociateur du traité, l'ambassadeur Ophüls, défendant une conception fédéraliste du droit communautaire (le droit communautaire avait-il un rang en droit national? Ne suffisait-il pas de déterminer qui était compétent — *Wer ist befugt?*) et le professeur Ipsen, dont les travaux allaient conclure à la primauté du traité sur la base de l'article 189 (2), du traité CEE reconnaissant aux règlements l'applicabilité directe dans tout État membre. Le 3^e colloque de la FIDE, tenu à Paris en 1965, décida de mettre à l'étude «les effets directs des décisions et des directives dans l'ordre juridique des États membres» ⁽⁸⁾. Ainsi, l'attention se concentrait déjà sur l'impact de la jurisprudence *Van Gend en Loos* sur la portée des actes de droit dérivé. Des revues de droit européen se sont créées ⁽⁹⁾ qui ne l'auraient pas été si le droit communautaire n'avait concerné que les relations entre États: on peut citer, sans prétendre

⁽⁶⁾ Il n'est que de se reporter à la liste des notes qui ont été publiées sur cet arrêt, telle qu'elle figure sur le site <http://eur-lex.europa.eu>, où l'arrêt est reproduit.

⁽⁷⁾ Voir en particulier, Ophüls, C. F., «Le problème des dispositions directement applicables (self-executing) des traités internationaux et son application aux traités instituant les Communautés», *Rapport au 2^e Colloque international de droit européen, La Haye, 1963*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1966, p. 203 et suiv.

⁽⁸⁾ Voir le compte rendu dans la *Revue internationale de droit comparé*, 1966, p. 152-160, spécialement, p. 155.

⁽⁹⁾ De là à laisser entendre, comme le fait l'historien Morten Rasmussen, dans une contribution par ailleurs fort intéressante, que «*these activities* (dans lesquelles il inclut les revues [note de l'auteur] *were largely financed by the Commission*», il y a un abus manifeste, voir «From Costa v ENEL to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution», dans *The Past and Future of EU Law*, op. cit., note 1, p. 69-85, spécialement, p. 79. La Commission et, en particulier, son service juridique ne pouvaient que se réjouir de la création de ces revues, voire encourager celle-ci. C'est dans le même esprit qu'elle a défendu devant la Cour, des positions favorables à l'effet direct et à la primauté.

à l'exhaustivité, en 1964, la naissance de la *Common Market Law Review*, en 1965, celles d'*Europarecht*, des *Cahiers de droit européen*, et de la *Revue trimestrielle de droit européen* ainsi que des pages «vertes» du *Foro italiano*, confiées au professeur Tizzano. Le professeur Monika Claes a souligné, dans son intervention, l'effet de l'arrêt sur la prise en compte du droit international par les juridictions nationales. Elle a relevé, en particulier, les retombées de l'arrêt sur la jurisprudence néerlandaise, mais elle a aussi mentionné que l'arrêt *Franco-Suisse «Le Ski»* de la Cour de cassation de Belgique, qui reconnaît la primauté à la fois aux dispositions du droit communautaire et du droit international ayant effet direct ⁽¹⁰⁾, eût été inconcevable, dans son ampleur, sans les arrêts *Van Gend* et *Costa*. L'effet de ces arrêts au-delà du territoire de l'Union a été aussi mentionné.

Je voudrais associer à ces deux arrêts un troisième, mentionné au cours des débats, par le Vice-président Lenaerts et qui complète heureusement les deux autres. Il s'agit d'une décision du 13 novembre 1964, dans une affaire opposant la Commission au Luxembourg et à la Belgique ⁽¹¹⁾. La Cour a écarté le jeu, dans les relations entre États membres relevant du droit communautaire, de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Elle l'a fait dans des termes très proches de ceux utilisés dans l'arrêt *Van Gend*: «[le] lien entre les obligations de sujets ne saurait être reconnu dans le cadre communautaire; [...] en effet, le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets, ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle; [...] partant, en dehors des cas expressément prévus, l'économie du traité comporte interdiction pour les États membres de se faire justice eux-mêmes.»

⁽¹⁰⁾ Arrêt du 27 mai 1971, *J.T.*, 1971, p. 471, avec la note de Salmon, Jean J. A., *ibid.*, p. 509-520, et *Cahiers de droit européen*, 1971, p. 561, avec les observations de Pierre Pescatore. Pour le premier auteur, la différence entre droit communautaire et droit international était de degré, pour le second, il s'agissait d'une différence de nature, deux conceptions qui continuent à s'opposer, la Cour n'ayant jamais tranché de façon explicite la question de l'appartenance du droit communautaire/de l'Union au droit international, comme l'a remarqué le professeur De Witte dans son intervention... L'arrêt *Le Ski* a servi d'inspiration à la Cour de cassation française dans son arrêt du 24 mai 1975, *Cafés Jacques Vabre*, *Cahiers de droit européen*, 1975, p. 631, avec les observations de Robert Kovar: «La primauté du droit communautaire sur la loi française». Le procureur général Touffait se réfère dans ses conclusions au modèle que constituaient celles du procureur général Ganshof van der Meersch dans l'affaire *Le Ski*.

⁽¹¹⁾ Aff. jtes 90/63 et 91/63, Rec. 1964, p. 1217, spécialement p. 1232. Cette décision de la Cour a été suivie de nombreuses autres qui ont exclu la réciprocité en tant que sanction d'une violation du droit communautaire, voir Dero, D., *La réciprocité et le droit des Communautés et de l'Union européennes*, Thèses, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 24, note 57.

Le professeur Weiler a décrit, dans l'introduction à la conférence, l'impact pragmatique, systémique et conceptuel de l'arrêt *Van Gend en Loos*. Il a mis en évidence le trio inséparable «effet direct, primauté et renvoi préjudiciel». Comme on le sait, les gouvernements qui sont intervenus dans l'affaire (auxquels s'ajouterait, dans *Costa/ENEL*, le gouvernement italien) contestaient le fait qu'un individu lésé dans ses droits puisse invoquer un remède en quelque sorte parallèle à l'action en manquement mûe par la Commission, défenseur de l'intérêt général. Il convenait que la Cour réfute de façon exemplaire les thèses des gouvernements et, pour y répondre d'une manière positive et durable, transforme l'objectif de la procédure de renvoi préjudiciel en faisant de celle-ci une arme dans les mains de l'individu pour la défense de ses droits. Les auteurs du traité n'avaient pas en vue un tel usage de la procédure de renvoi préjudiciel. Le professeur De Witte a rappelé les trois fonctions du renvoi préjudiciel: le renvoi en interprétation d'un article du traité ou d'un acte de droit dérivé, c'est-à-dire celui qu'avaient clairement à l'esprit les rédacteurs de l'article 177 du traité CEE, le renvoi demandant à la Cour de se prononcer sur l'effet direct d'une disposition et, enfin, celui l'invitant à permettre au juge national de trancher un conflit entre droit communautaire/de l'Union et droit interne. C'est, en définitive, le cas de conflit présumé qui est le plus fréquent. Il est possible de remarquer que, devant le juge national, juge de droit commun du droit de l'Union, l'effet direct paraît effectivement très souvent ne pas faire de problème. Pour certains auteurs, cette indifférence serait une lacune, condamnable du point de vue de la démocratie ⁽¹²⁾.

L'accent mis sur l'octroi de droits individuels — qualifiés de droits subjectifs dans la version italienne non officielle de l'arrêt ainsi que l'a rappelé le professeur Ziller, et cela pour le motif indiqué par le professeur Gori ⁽¹³⁾ — au

⁽¹²⁾ Voir, déjà à ce sujet, Vandaele, A., et Claes, E., «L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'Homme», Koninklijke Universiteit Leuven, Institut de droit international, Working Paper, n° 15, décembre 2001, <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP15f.pdf> (aussi publié dans la RBDI/BTIR, 2001), p. 23-24, quant à «l'absence de vision réfléchie de l'effet direct» dans la jurisprudence belge, celui-ci étant alors reconnu «de façon implicite».

⁽¹³⁾ La différence entre droits subjectifs et intérêts protégés réglerait l'allocation respective de compétence au juge judiciaire ou aux juridictions administratives. Cet impact procédural de l'existence ou non de droits subjectifs n'est pas propre à l'Italie, voir Vandaele et Claes, op. cit., p. 15, n° 26. Ainsi, comme le signale le professeur Waelbroeck, M., dans *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Bruxelles, CIDC, 1969, p. 188, le Conseil d'État italien avait, par arrêt du 7 novembre 1962, *Foro it.*, 1963, III, 143, admis que l'article 31 du traité CEE, fort semblable à l'article 12, devait s'appliquer indépendamment du fait de savoir s'il était une source de droit pour les particuliers, et cela sans faire de renvoi à la Cour de justice; mais il s'agissait d'une juridiction administrative.

lieu de la «justiciabilité» de la disposition s'inscrit dans le contexte de l'opinion majoritaire qui associait l'application par le juge d'une disposition de droit international à la possibilité pour ladite disposition d'abord d'être «*self-executing*», ou directement applicable, et, ensuite, de n'avoir cette caractéristique qu'en vertu de la volonté des parties. Si ces traits étaient réunis, le juge pouvait alors, à l'image des termes de la Constitution néerlandaise récemment révisée, reconnaître la primauté de la règle internationale. En l'absence de disposition relative à la primauté dans la Constitution, la loi nationale postérieure prévalait très généralement⁽¹⁴⁾. Il fallait donc rendre autonome le jeune droit communautaire, non seulement par rapport au droit national mais aussi à l'égard du droit international: l'effet direct, comme la primauté, trouverait sa source dans les traités et non pas dans les constitutions nationales. Les traits spécifiques originaux incontestables du droit communautaire rendaient plus facile ce progrès vers l'affirmation du rôle de l'individu vigilant à la défense de ses droits⁽¹⁵⁾.

On connaît l'évolution qui a vu la Cour, au fil des années, développer à partir de l'arrêt *Van Gend en Loos* la possibilité pour les particuliers d'invoquer largement le droit communautaire, aussi bien le traité que les actes de droit dérivé, ébranlant la *summa divisio* chère au professeur Léontin-Jean Constantinesco⁽¹⁶⁾, comme l'a rappelé le professeur De Witte, entre dispo-

Toutefois, le professeur Waelbroeck remarquait aussi que de nombreuses juridictions internes reconnaissent le caractère *self-executing* à des obligations négatives.

La distinction entre droits subjectifs et intérêts légitimes était en toile de fond de l'arrêt de la Cour du 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, Rec. p. 661, cité par Kovar, R., «La qualification des actions visant à obtenir réparation des préjudices résultant de mesures fiscales nationales contraires au droit communautaire», dans *Chemins d'Europe, Mélanges J.P. Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, p. 363-380, spécialement p. 365-369.

⁽¹⁴⁾ Il est bien connu que, même lorsque la primauté du traité était reconnue par la Constitution, comme dans le cas de l'article 55 de la Constitution française attribuant une «autorité supérieure» au traité sur la loi, le juge ne s'estimait pas nécessairement habilité à écarter celle-ci, en cas de contradiction avec le traité. Sur le long chemin parcouru par le juge français pour admettre la primauté du droit communautaire sur la loi, voir Rideau, J., «L'application par le juge», *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e édition, LGDJ, Paris, 2010, p. 1255 et suiv.

⁽¹⁵⁾ Comme l'indique Pierre Pescatore, cité par le professeur Pernice dans son intervention, l'accent mis sur la nature nouvelle et indépendante du droit communautaire était nécessaire pour établir la doctrine de l'effet direct contre le refus des États membres d'appliquer loyalement leurs obligations; voir «*Van Gend en Loos*, 3 February 1963 — A View from Within», dans *The Past and Future of EU Law*, Poiares Maduro, M., Azoulai, L. (ed), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2010, p. 3-8, p. 4-5.

⁽¹⁶⁾ Voir Constantinesco, L.-J., *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Grands écrits, Bruylant, 2006 (réimpression d'un ouvrage paru à la LGDJ, Paris, 1970, chapitre 1^{er}, La *Summa*

sitions directement applicables et les autres qui n'étaient pas, apparemment, censées avoir cette caractéristique. On sait aussi que la terminologie a varié chez les auteurs et dans les juridictions.

Un rôle est ainsi attribué au particulier, qu'il s'agisse d'un individu ou d'une société multinationale, dans l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit communautaire et, bien entendu, ce faisant, le particulier poursuit ses intérêts propres. L'individu, devenu «créancier» d'un droit, selon l'expression que rapporte le professeur Picod, est susceptible d'être, comme cet auteur l'a relevé à la lumière de plusieurs arrêts, destinataire ou bénéficiaire de ce droit.

L'on ne saurait dépeindre l'individu invoquant le droit de l'Union comme revendiquant un intérêt personnel contre le bien public national. En toute hypothèse, ce bien public national, lorsqu'il est contraire au droit de l'Union, est susceptible de bénéficier du tort causé à ses partenaires par son infraction aux règles communes, au risque de rompre l'égalité des États membres et des citoyens devant le droit, un principe auquel le professeur Pernice se réfère, dans son rapport, comme étant à la base de la primauté.

Il importe de relever aussi la part réservée par la Cour, dans son arrêt *Van Gend en Loos*, à des manifestations, relativement modestes, telles qu'elles étaient inscrites dans le traité dès l'origine, de représentation des citoyens au niveau de la Communauté⁽¹⁷⁾. Ces éléments ont pu paraître dérisoires et ne contribuer dès lors que modestement à l'argumentation de la Cour. Pourtant, il n'était pas sans intérêt, pour une démonstration centrée sur l'avenir, de mentionner que le traité prévoyait, depuis le traité CECA, un élément inconnu dans les organisations internationales (à l'exception de l'Assemblée dite, à l'origine, consultative, du Conseil de l'Europe, composée de délégués des parlements nationaux): un embryon de représentation parlementaire et, de surcroît, l'engagement de procéder à l'élection de l'Assemblée au suffrage uni-

divisio des dispositions communautaires); voir aussi Ophüls, C.-F., «Les Règlements et les Directives dans les traités de Rome», *Cahiers de droit européen*, 1966, p. 3-18, qui distingue entre les normes d'un ordre spécifiquement «supranational» à tendance «centralisatrice» et les normes d'un ordre plutôt «national», dont la tendance est «décentralisatrice» (p. 3). Cette vision justifie la critique de Martin Scheinin, qui s'oppose à une «unnecessarily strict, or all-or-nothing separation between various treaty provisions that actually should be ranged on a more-or-less scale», cité par Vandaele et Claes, op. cit., p. 19. Cette observation vaut pour les actes de droit dérivé et les accords internationaux conclus par l'Union.

⁽¹⁷⁾ Le traité n'est pas seulement l'affaire des gouvernements, comme la Cour le souligne à divers stades de sa motivation, voir Pescatore, P., *Van Gend...*, op. cit., p. 6.

versel. La Cour a, par la suite, accompli un geste qualifié de révolutionnaire par Jean Paul Jacqué⁽¹⁸⁾ en reconnaissant au Parlement européen le droit de légitimation active⁽¹⁹⁾, un droit que le traité de Maastricht a consacré. Les pouvoirs du Parlement européen en matière législative se sont accrus progressivement, en particulier, par le traité de Lisbonne. La crise a, certes, renforcé l'intergouvernementalisme, en raison d'un choix politique des États membres et de l'insuffisance des bases juridique. Ce biais a engendré une absence de transparence qui accompagne automatiquement les négociations intergouvernementales. Toutefois, la conscience de la nécessité de renforcer le contrôle politique exercé sur les institutions s'accroît. Le Conseil européen, lors de sa réunion du 18 octobre 2012⁽²⁰⁾, a ouvert un chantier, peut-être sans en avoir réalisé l'étendue, en énonçant le principe élémentaire selon lequel «l'obligation de rendre des comptes s'exerce au niveau auquel les décisions sont prises»⁽²¹⁾. Renforcer la légitimité de l'action des institutions est une évidente nécessité.

⁽¹⁸⁾ Voir Michel, V., «Brèves réflexions sur une méthode d'élaboration du droit primaire», *Mélanges J. P. Jacqué*, op. cit., p. 499-509, spécialement p. 499, note 3.

⁽¹⁹⁾ Arrêt du 22 mai 1990, *Parlement européen/Conseil*, aff. 70/88, Rec. p. I-2041.

⁽²⁰⁾ Conseil européen, conclusions, p. 5.

⁽²¹⁾ Le thème du renforcement nécessaire du contrôle démocratique est (re)devenu récemment le sujet de débats et de recherches, essentiellement dans le contexte de l'évolution de la gouvernance économique et dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 13 du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, du 2 mars 2012, qui appelle à coopérer les commissions compétentes du Parlement européen et des parlements nationaux. On peut citer à ce sujet, parmi beaucoup d'autres travaux: «Democracy in the EU and the role of the European Parliament», Bonvicini, G. (ed.), Istituto Affari Internazionali, Quaderni IAI, Rome, mars 2009; Poiares Maduro, P., «A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice», EUI, RSCAS Policy Paper, 2012/11; Kunstein, T. et Wessels, W., «The New Governance of the Economic and Monetary Union: Adapted Institutions and Innovative Instruments», IAI Working Papers, 13/02, janvier 2013; Schoutheete, P., (de) et Micossi, S., «On Political Union in Europe: The changing landscape of decision-making and political accountability», CEPS Essay, Bruxelles, n° 4/21, février 2013. Citons Duff, A., *On Governing Europe*, Policy Network, ALDE, Londres, 2012, p. 71: «*There are some important decisions to be taken and implemented if the euro is to be saved and the Union as a whole is to be set back on its beneficial course. The present interinstitutional mix of hybrid executive and opaque democracy is not proving capable of taking and implementing those decisions.*» Voir aussi l'excellente synthèse de Maurer, A., «From EMU to DEMU: The Democratic Legitimacy of the EU and the European Parliament», IAI Working Papers, 13/11, avril 2013, à propos essentiellement de la «mobilisation» nécessaire des parlements nationaux et des propositions faites à ce sujet. Voir «National Parliaments: Their Emerging Control over the European Council», Notre Europe, Policy Paper 89, 27 mars 2013. Voir encore: Assemblée Nationale, Constitution du 4 octobre 1958, 14^e législature, rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes portant observations sur le projet de loi de ratification du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire et présenté par M. Ch. Caresche, député, du 25 septembre 2012. Ad generalia, voir, sur les pouvoirs de contrôle des parlements nationaux, Gennart, M., *Le*

L'AUTONOMIE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Le professeur Pernice a rappelé, dans le texte substantiel adressé aux rapporteurs et aux intervenants, que si, formellement, le mot «autonomie» pour qualifier l'ordre juridique communautaire n'apparaît pas dans l'arrêt *Van Gend en Loos*, l'on y trouvait l'affirmation selon laquelle le droit communautaire était «indépendant de la législation des États membres» et, en tout cas, l'arrêt *Costa* se référait expressément au droit né du traité, comme étant «issu d'une source autonome». Notre éminent collègue note que le concept d'autonomie, d'abord censé délimiter le droit communautaire du droit international, a subi une évolution caractérisée essentiellement par sa mise en cause par les juridictions constitutionnelles. Celles-ci ont revendiqué la possibilité d'exercer leur contrôle et beaucoup d'auteurs ont vu la solution des rapports entre les ordres juridiques dans le recours au concept de «*pluralist system of competing legal orders*», alors que notre collègue Weiler défendait le concept de «tolérance constitutionnelle» qui le faisait s'opposer au défunt et regretté Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Au départ d'idées développées dans les années 1990, par le philosophe écossais du droit Neil MacCormick, les doctrines pluralistes se sont propagées au début de ce siècle, en trouvant à l'Institut européen de Florence à la fois un terrain favorable et quelques rares critiques. Au sujet du débat pluraliste, je voudrais faire deux réflexions: il y a autant de pluralismes que d'exposants de la doctrine, comme le démontrent les patients travaux de Matej Avbelj et Jan Komarek, cités par le professeur Pernice, et l'appréciation formulée par un très bon observateur, en 2008 ⁽²²⁾, me paraît rester vraie. Celui-ci soulignait qu'une grande partie du monde académique attentif aux questions européennes ne participe pas à ce débat. Ceux qui y ont contribué ont en commun, comme le relève le professeur Pernice, une conception qui repose sur «*the non-hierarchical co-existence of a plurality of self-referential orders*». Mais l'auteur ajoute, à la suite de René Barents, qu'après l'arrêt *Van Gend en Loos*, l'État n'est plus la seule autorité sur son territoire, et la Constitution n'est plus la norme suprême et ultime de l'État. De telles vues se distinguent de celles de bon nombre de tenants de la doctrine «pluraliste» dont certains ont tendance à considérer la clause de respect de l'identité nationale de l'article 4 (2) du

contrôle parlementaire du principe de subsidiarité. Droit belge, néerlandais et luxembourgeois, Larcier, Bruxelles, 2013, spécialement, p. 59 et suiv.

⁽²²⁾ Voir Baquero Cruz, J., dans Avbelj, M., et Komarek, J., *Four Visions of Constitutional Pluralisms*, EUI Working Papers, LAW, 2008, p. 13-14.

traité UE, comme une réserve de souveraineté. Cependant, le plus grand défi posé à l'approche pluraliste est de trouver un régime susceptible de résoudre les conflits de normes entre deux entités qui revendiquent l'autonomie, une règle permettant de trancher en cas d'antinomie irréductible⁽²³⁾. Les réponses à ce défi n'ont pas manqué. Elles reposent souvent sur le respect mutuel et la coopération nécessaire. Nous ne pouvons les passer en revue. Toutes sont confrontées, même si leurs auteurs ne le reconnaissent pas nécessairement, à la nécessité de trouver une légitimation à la primauté de la règle commune. Cette légitimation de l'ordre juridique autonome est enracinée, pour le professeur Pernice, dans la volonté des citoyens des États membres qui sont, en même temps, citoyens de l'Union et ont consenti par la voie démocratique à la création d'un *multilevel constitutionalism*. Celui-ci est proposé comme base théorique donnant une signification à l'interdépendance entre États et Union. Il est aussi censé réconcilier le pluralisme avec les exigences d'unité et d'égalité. D'où l'adhésion du professeur Pernice à l'idée d'un *Constitutional compound* (*Verfassungsverbund*), en tant qu'appréciation in concreto en vue de comprendre l'UE du point de vue juridique sur la base du *multilevel constitutionalism*. Ce sont les deux piliers qui fondent l'approche proposée.

Parmi les mérites de cette approche, il faut noter, en particulier, l'accent sur des ordres juridiques qui se doivent considération et sont appelés à collaborer en raison de leurs liens d'interdépendance: l'Union a besoin des États membres; ceux-ci sont en charge de la mise en œuvre du droit de l'Union, et les États ont besoin de joindre leurs forces au sein de l'Union pour faire face à des défis majeurs, souvent planétaires, que seuls, ils ne peuvent maîtriser. Il faut aussi souligner la fonction reconnue au concept d'autonomie en tant que séparation des ordres juridiques qui distinguent l'ordre juridique de l'Union d'un ordre fédéral: ni l'UE, ni les États, et particulièrement, leurs juridictions, ne peuvent statuer sur la validité d'un acte de l'autre pouvoir public. Il n'est pas de règle «*Bundesrecht bricht Landesrecht*» au niveau de l'Union⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Voir, à ce sujet, Louis, J.-V., «La primauté, un concept dépassé?», *Mélanges Jean Paul Jacqué*, op. cit., p. 443-461.

⁽²⁴⁾ Voir, à ce sujet, la tentative de consacrer un principe de cette nature, par Grabitz, E., *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hamburg, 1966. Cet auteur était, à l'époque, loin d'être isolé. Voir, à cet égard, les auteurs cités par Louis, J.-V., *Les règlements de la Communauté économique européenne*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1969, p. 395 et suiv., en particulier, la note 7, p. 444.

L'autonomie se traduit aussi par le développement, par la Cour, de notions autonomes dans l'interprétation du droit de l'Union, ce qui contribue nécessairement au développement du droit de l'intégration.

Le principe de primauté du droit de l'Union ne céderait, pour le professeur Pernice, que si celle-ci se voyait accusée, par hypothèse, de bouleverser les fondements constitutionnels de l'État. Un cas conçu comme si dramatique, est-il ajouté, ne paraît pouvoir se conclure que par une sortie de l'Union ⁽²⁵⁾. Dans une hypothèse aussi exceptionnelle, voire extravagante, qui reflète une crise ouverte, l'on voit resurgir le substrat international qui s'impose au détriment de la loyauté envers l'Union. Il est des limites à ce que peut le droit, comme l'a indiqué le professeur Szipnar dans son intervention.

Deux observations complémentaires paraissent utiles sur ce thème: le principe de primauté est vu comme le reflet du principe d'égalité — la loi de l'Union, sauf différenciation programmée, doit être la même pour tous. Elle ne l'est pas si une règle unilatérale prévaut. Le refus de reconnaître que la primauté traduit une hiérarchie des normes impliquant la prédominance de la loi commune restera sans doute l'un des éléments fondamentaux de la doctrine pluraliste dominante. Je me risque cependant à évoquer avec nostalgie la motivation, certes exprimée en termes désuets, qui était celle de la Cour supérieure de Luxembourg dans son arrêt célèbre du 14 juillet 1954, *Chambre des Métiers/Pagani*. Ladite Cour y qualifiait un traité international de «loi d'une essence supérieure ayant une origine plus haute que la volonté d'un organe interne» ⁽²⁶⁾. De même, ne serait-il pas logique que la «perméabilité» entre les ordres juridiques soit étendue aux relations horizontales entre États membres, dont les règles fondamentales et les catalogues de droits permettraient aisément une telle ouverture. Celle-ci contribuerait à l'émergence de principes généraux du droit de l'Union qui synthétiserait des principes consacrés plus spécifiquement dans l'une ou l'autre Constitution mais dont la portée ne se limite pas à celles-ci.

⁽²⁵⁾ Voir sur le retrait, ad generalia, Weerts, J., «L'évolution du droit de retrait de l'Union européenne et sa résonance sur l'intégration européenne», *Cahiers de droit européen*, 2012, p. 345-407. D'autres auteurs envisagent des hypothèses moins dramatiques «afin qu'au sein de l'unité du droit de l'Union une véritable échelle de pluralité des droits constitutionnels soit progressivement aménagée». C'est nous qui soulignons. Voir Dubout, É., «Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni*», à paraître dans les *Cahiers de droit européen*, 2013, 2.

⁽²⁶⁾ Voir *Les règlements...*, op. cit., p. 415.

Il ne peut cependant être fait abstraction de développements dans deux secteurs essentiels de l'intégration et dont l'un a retenu l'attention d'un intervenant, particulièrement qualifié, au cours de la conférence: la réalisation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), en particulier, s'agissant du domaine pénal, d'une part, et l'acheminement vers une union budgétaire (*fiscal union*), d'autre part.

Le professeur Labayle a mis en évidence la spécificité de l'ELSJ par rapport à la logique du marché intérieur. L'Espace est fondé sur le droit interne. Il fait appel à la reconnaissance mutuelle et, dans la constitution de l'Espace, l'Union se doit de respecter les droits fondamentaux et les différents systèmes et traditions juridiques des États membres [articles 67 (1) et 82 (2) du traité FUE]. La personne, a-t-il été souligné à juste titre, est au cœur de l'Espace. Un patrimoine juridique est à respecter. Or, le principe de reconnaissance mutuelle est instrumentalisé pour éviter la législation et l'insertion des droits de l'homme.

Le droit n'aurait apporté que peu de réponses dans ce domaine, à l'exception de l'arrêt *Kadi* ⁽²⁷⁾, et le professeur Labayle d'en appeler à un nouvel arrêt *Van Gend en Loos*, qui insisterait sur le droit au juge et le respect de certains critères, afin que le droit de l'Union n'apparaisse pas, à certains égards, comme une limite aux droits de l'individu en matière pénale, tels que les consacre leur Constitution nationale.

C'est l'arrêt *Melloni* qui a suscité des inquiétudes — alors même que la solution donnée au cas d'espèce n'était communément pas mise en cause — en décidant, de façon absolue, que ni l'article 4bis (1), de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, dans les hypothèses indiquées à cette disposition, ni l'article 53 de la charte des droits fondamentaux, sur les standards plus favorables dans les instruments internationaux et les Constitutions, ne pouvaient être interprétés comme permettant de subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition que la condamnation puisse être révisée dans l'État d'émission. La Cour écarterait ainsi, en raison de l'harmonisation réalisée par la décision-cadre telle qu'elle a été révisée, tout recours à des dispositions constitutionnelles plus favorables que la loi européenne à la personne jugée par contumace. L'arrêt se voit reprocher d'avoir fait, en l'espèce,

⁽²⁷⁾ Arrêt du 3 septembre 2008, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat*.

«un usage inadéquat du principe de primauté»⁽²⁸⁾. La Cour est invitée à «se garder de créer ne serait-ce que le sentiment de renouer avec une rhétorique qui avait, en d'autres temps, contribué à détourner de son prétoire certains juges nationaux». Il a été reproché⁽²⁹⁾ à la Cour, non seulement de «renouer avec une rhétorique dépassée», mais «d'instiller de la hiérarchie là où ne devrait prévaloir qu'une prudente empathie réciproque». En l'espèce, selon les commentateurs, la solution ne faisait pas de doute, mais la Cour aurait dû laisser la porte ouverte aux autorités nationales de se soustraire à l'obligation de remise «lorsque des circonstances particulières le commandent.» Et pourtant, une telle décision de ne pas appliquer la règle commune peut-elle être laissée à un seul État membre? Ne serait-ce pas ouvrir la boîte de Pandore? N'y a-t-il pas, dans l'histoire récente, des exemples où des États ont obstinément refusé d'extrader une personne requise par un autre État, et cela pour des motifs qui n'avaient rien d'«objectivable»? Ce débat illustre la spécificité de la matière en cause, en raison de ses liens évidents avec la protection des droits de l'homme, mais jusqu'à quel point peut-on admettre les conséquences de cette spécificité, eu égard à l'impératif et aux mérites de la construction d'un espace unifié⁽³⁰⁾?

L'autre domaine, où cette fois ce n'est pas la primauté qui pourrait se voir relativisée mais bien l'autonomie des ordres juridiques nationaux et européen, est celui de la réalisation d'une Union économique et monétaire «véritable» qui a acquis une nouvelle dimension depuis les sommets du 29 juin 2012. Pour le rapport établi par le président Van Rompuy en collaboration avec les trois présidents de la Commission, de l'Eurogroupe et de la Banque centrale européenne⁽³¹⁾, «une union budgétaire à part entière supposerait le développement d'une capacité plus importante au niveau européen, à même de gérer des interdépendances économiques, et, en définitive, la mise en place, au niveau de la zone euro, d'une instance budgétaire de type ministère des finances». Ledit rapport prévoyait qu' «il serait possible, au niveau de la zone euro,

⁽²⁸⁾ Voir Labayle, H., et Mehdi, R., «Le Conseil constitutionnel, le mandat européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice», *Revue française de droit administratif*, 2013, 3. Voir aussi Labayle, H., «Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle», <http://www.gdr-elsj.eu>, 3 mars 2013; Mehdi, R., «Retour sur l'arrêt Melloni: quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté», <http://www.gdr-elsj.eu>, 29 mars 2013,

⁽²⁹⁾ Le professeur Mehdi dans le bref article cité à la note précédente.

⁽³⁰⁾ Sur ces sujets, voir les développements du professeur Dubout, *op. cit.*, note 25.

⁽³¹⁾ Voir Conseil européen. «Vers une véritable union économique et monétaire», rapport présenté par M. Herman Van Rompuy, président du Conseil européen, 26 juin 2012, EUCO 120/12.

d'exiger une modification des enveloppes budgétaires si elles sont contraires aux règles budgétaires, sans toutefois négliger la nécessité d'assurer l'équité sociale»⁽³²⁾. Toutefois, des suggestions vont beaucoup plus loin. Il s'agirait de ce que le président Trichet a nommé, dans de nombreux discours, le «fédéralisme par exception»⁽³³⁾. Pour l'ancien président de la BCE, le mécanisme de sanctions accompagnant la discipline budgétaire a démontré son inefficacité. Il n'y aurait pas de raison que le pacte de stabilité et de croissance, étendu à la lutte contre les déséquilibres macroéconomiques excessifs, soit plus efficace. Dans le système proposé reposant sur un ancrage démocratique développé impliquant les parlements nationaux, mais où le dernier mot reviendrait au Parlement européen, les interventions et les mesures prises répondraient au principe *«as little as possible in normal times, but as much as necessary in exceptional times»*. L'idée est que les autorités européennes pourraient, dans ces circonstances exceptionnelles, décider de mesures exécutées directement dans l'État concerné. Le président de la Bundesbank, le Dr Jens Weidmann, a repris ce concept en se référant expressément aux idées de J.-C. Trichet. Il indique notamment: *«In the event of a country not abiding by the budgetary rules, national sovereignty would be automatically transferred to the European level on a scale that can ensure compliance with the objectives... One option, for example, could be the right to make tax increases or proportional cuts in expenditure — and not just the possibility of calling for them»*⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ La perspective de la création d'un ministre des finances pour la zone euro n'était pas envisagée pour la première fois. Voir Louis, J.-V., «L'Union économique et monétaire de Maastricht à la crise», *Revue des affaires européennes*, 2012, 1, p. 57-83, spécialement, p. 78, note 94. Dans son document «A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union. Launching a European Debate», communication de la Commission, COM(2012) 777 final du 8 novembre 2012, la Commission prévoit pour le stade final: *«A political union with adequate pooling of sovereignty with a central budget as its own fiscal capacity and a means of imposing budgetary and economic decisions on its members, under specific and well-defined circumstances»* (p. 31). *«It provides already for the medium term the creation of a structure akin to an EMU Treasury within the Commission to organise the shared policies undertaken with the common fiscal capacity to the extent that they imply common resources and/or common borrowing»* (p. 33). L'on notera que la Commission ne mentionne pas le concept de «fédéralisme par exception» (voir, sur cette expression, infra, au texte)

⁽³³⁾ Voir, entre autres, «Reflections on Unconventional Monetary Policy Measures and on European Economic Governance. Towards an Economic and Fiscal Federation by Exception», Mandeville Lecture 2012, université Erasmus, Rotterdam, 6 juin 2012.

⁽³⁴⁾ Voir «Everything flows? The future role of monetary policy», discours lors du Forum économique ZEW 2012 de Mannheim, 14 juin 2012, p. 7 <http://www.bundesbank.de>. Cette possibilité pour la zone euro, agissant par le biais d'une nouvelle autorité indépendante, de prendre en charge la gestion budgétaire d'un État constitue pour le président de la Banque fédérale allemande la condition pour admettre l'adoption d'un régime prévoyant une responsabilité conjointe des États de la zone euro comportant l'émission de titres garantis

Ce fédéralisme partiel ou par exception s'écarterait du schéma, décrit par le professeur Pernice, de deux ordres juridiques définis comme autonomes en ce que, dans cette hypothèse, l'Union ne pourrait invalider des mesures nationales mais simplement constater leur contrariété avec la loi commune. Donner à l'autorité centrale un pouvoir d'abrogation d'actes des États membres constituerait un saut qualitatif qui peut seul se concevoir dans le cadre d'une union politique fédérale. Celle-ci supposerait une dérogation à des principes constitutionnels fondamentaux ⁽³⁵⁾ non seulement en Allemagne, mais aussi dans d'autres pays. Il est remarquable, à cet égard, que Jörg Asmussen, membre du directoire de la BCE, s'exprimant sur le même sujet, après avoir indiqué que l'on pourrait concevoir que «Bruxelles» puisse refuser un budget national dans sa totalité, ajoutait: «*Wie ein Haushalt gegebenenfalls zu korrigieren ist, sollte allerdings in der Kompetenz des jeweiligen Mitgliedstaates bleiben*» ⁽³⁶⁾. L'autonomie des ordres juridiques serait respectée, mais l'ampleur des pouvoirs reconnus au niveau central rendrait toutefois nécessaire un développement du contrôle démocratique, c'est-à-dire un progrès vers l'union politique.

QUELQUES PERSPECTIVES

219

Sous ce titre ont été groupés trois sujets portant respectivement sur la citoyenneté, sur les relations entre les cours dans le domaine des droits fondamentaux et sur les rapports entre l'ordre juridique de l'Union et l'ordre international.

Il n'était pas aisé de rendre compte de la jurisprudence de la Cour pour le moins complexe et abondamment commentée en matière de citoyenneté. Pour M^{me} le professeur Epiney, les droits reconnus aux individus dans ce domaine trouvent leur source dans la doctrine de l'arrêt *Van Gend en Loos*, mais ils vont assurément au-delà. Pour la Cour, le statut de citoyenneté a, selon une formule répétée dans plusieurs arrêts, «vocation à être le statut fondamental

ou une union bancaire incluant des éléments de responsabilité conjointe. Tout se passe comme si la barre était placée très haut par le Dr Weidmann, pour reporter à plus tard, voire à jamais, des perspectives que la Bundesbank a toujours rejetées.

⁽³⁵⁾ Pour ce qui concerne l'Allemagne, voir l'arrêt 2 BvR 1390/12 du 12 septembre 2012, point 210; voir aussi déjà l'arrêt «Lisbonne», 2 BvR 2/08 du 30 juin 2009, points 252 et 256 au sujet des pouvoirs budgétaires du Bundestag.

⁽³⁶⁾ «Die europäische Wirtschaftsverfassung: Wettbewerbsfähigkeit, solide Staatsfinanzen und Fairness», Rede von Jörg Asmussen bei Versicherungstag 2012 des GDV, Berlin, 18 novembre 2012, www.ecb.int.

des ressortissants des États membres»⁽³⁷⁾. Le rapporteur analyse, en particulier, les conditions d'accès et de perte de la citoyenneté européenne, le droit à la libre circulation et l'interdiction de discrimination selon la nationalité. On sait les analyses jugées parfois subtiles et audacieuses⁽³⁸⁾ auxquelles ont donné lieu des arrêts dont la solution n'était pas évidente.

Nous voudrions renvoyer à un arrêt plus ancien qui paraît illustratif de l'emprise du droit de l'Union sur la souveraineté des États membres, à en juger par la portée des observations des gouvernements dans cette affaire: l'arrêt *Rottmann*⁽³⁹⁾, qui soumet à un contrôle de proportionnalité le retrait de la nationalité à un individu qui s'était fait frauduleusement naturaliser. Cette exigence de contrôle est formulée parce que la perte de nationalité entraîne celle de la citoyenneté de l'Union. L'État, chose remarquable, voit sa «souveraineté» limitée dans l'exercice de sa compétence, reconnue en droit international, en matière d'octroi et de retrait de sa nationalité... Cela n'empêche pas de se poser une question, comme le fait M^{me} Epiney: quelle est la valeur ajoutée de la citoyenneté en ce qui concerne l'étendue des droits garantis? C'est, conclut-elle, ce lien spécifique entre les citoyens et le droit de l'Union que constitue la citoyenneté. On peut prédire de nouveaux développements de la jurisprudence à cet égard.

⁽³⁷⁾ Voir arrêt du 20 septembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, point 31.

⁽³⁸⁾ D'aucuns n'ont-ils pas hésité à considérer, à propos de l'arrêt *Ruiz Zambrano*, du 8 mars 2011, aff. C-34/09, que «la citoyenneté sert ici de 'cheval de Troie' à une hypothèse supplémentaire de protection des droits fondamentaux (en l'occurrence, celui du respect de la vie privée et familiale [note de l'auteur])». Voir Dubout, É., «L'objectif de protection des droits fondamentaux et la répartition des compétences dans l'Union européenne: la confrontation des logiques constitutionnelles», dans *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, sous la direction de Eleftheria Neframi, Colloques, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 368-411, spécialement, p. 388. Cet auteur relève que l'objectif de protection des droits fondamentaux en est venu à menacer l'impératif de respect des compétences d'attribution (p. 368) ou encore (p. 370): «Si la compétence ne se pense pas sans objectif, l'objectif se dispense ici de la compétence.» Pourtant, avec l'entrée en vigueur de la charte des droits fondamentaux et de son article 51, on peut penser que la pratique de la Cour ne fera que s'amplifier. Voir une somme sur la question de la citoyenneté, Gastaldi, S., *Citoyenneté de l'Union et libre circulation: du critère économique au statut unique*, Dossiers de droit européen, Helbing Lichtenhahn, LGDJ, Bâle, Paris, 2013, 753 p., qui dégage un programme de développement du concept. Voir aussi Lenaerts, K., «The concept of EU citizenship in the case law of the European Court of Justice», *ERA Forum*, 4/13, Trèves, 2013, p. 569-583.

⁽³⁹⁾ Arrêt du 2 mars 2010, C-135/08. La Cour s'y réfère à ce qu'elle a dit dans des arrêts précédents, cités par M^{me} Epiney, où elle avait indiqué que «les États membres doivent, dans l'exercice de leur compétence en matière de nationalité, respecter le droit de l'Union».

Les deux interventions suivantes ont un lien nécessaire avec le concept d'autonomie, mais vont bien au-delà. En quelques pages d'une rare densité, M^{me} le juge Cartabia analyse les rapports entre les différentes instances de contrôle des droits fondamentaux, au niveau national, de l'Union et de la Cour EDH. Elle décrit la situation des droits fondamentaux comme étant à la croisée des chemins entre le jus commune europaeum et l'identité constitutionnelle des États membres et elle voit la période actuelle comme une «nouvelle ère des droits fondamentaux». À son estime, le principe de subsidiarité devrait encourager la création d'un mécanisme permettant à la Cour de justice de se prononcer sur la légalité d'actes de l'Union avant que la Cour EDH ne décide le cas ⁽⁴⁰⁾. Cette idée a été retenue par le groupe de négociation qui a remis son rapport final ⁽⁴¹⁾.

Sont abordés successivement par le professeur Cartabia, la conjonction de doubles renvois préjudiciels, comme dans le cas de la célèbre question prioritaire de constitutionnalité et le dialogue entre les cours constitutionnelles et la Cour de justice: il faut espérer que davantage de cours constitutionnelles pratiquent le renvoi préjudiciel. Mais M^{me} Cartabia exprime aussi une inquiétude et elle émet un souhait. L'inquiétude va quelque peu à contre-courant: la reconnaissance de l'effet direct ⁽⁴²⁾ à de plus en plus de dispositions de la charte des droits fondamentaux constitue une perspective qui n'est pas faite pour étonner, étant donné la reconnaissance à la charte de la même valeur que les traités par l'article 6 (1) du traité UE, en tant que «source principale des droits fondamentaux garantis dans l'Union européenne» ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ Voir et comparer la suggestion défendue notamment par le juge Christiaan Timmermans, voir Lock, T., «Accession of the EU to the ECHR. Who would be responsible in Strasbourg?», dans Ashiagbor, D., Contouris, N., et Lianos, I., *The European Union after the Lisbon Treaty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 109-135, spécialement p. 124-125.

⁽⁴¹⁾ Voir, à ce sujet, le rapport final au CCDH adopté comme suite à la Cinquième réunion de négociation entre le Groupe de négociation ad hoc du CCDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, 3-5 avril 2013, annexe V. Projet de rapport explicatif de l'accord et, en particulier, III, Commentaires sur les dispositions de l'accord, article 3, points 65 à 69. Implication préalable de la CJUE dans les affaires dans lesquelles l'UE est codéfenderesse. Ce mécanisme sera applicable dans le cas de requêtes individuelles concernant des actes ou omissions des États membres de l'UE.

⁽⁴²⁾ Sur l'effet direct vertical et/ou horizontal de dispositions de la charte, voir Craig, P., «The Charter, the ECJ and national courts», dans Ashiagbor, D., et alii, op. cit., p. 78-108, spécialement p. 87 et suiv.

⁽⁴³⁾ Sudre, F., «Article I-9», dans *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Commentaire article par article, parties I et IV «Architecture constitutionnelle», sous la direction de Burgogues-Larsen, L., Levade, A., et Picod, F., tome I, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 141-163,

Dans le même esprit de subsidiarité et d'internalisation du contrôle là où son externalisation ne s'impose plus, ne conviendrait-il pas, s'interroge M^{me} Cartabia, de confier un rôle plus important aux juridictions constitutionnelles en vue du respect des droits fondamentaux? Telle est la suggestion qui gagnerait à être précisée. Il est difficile, a priori, d'imaginer que l'on déroge à la règle de l'autonomie des deux ordres juridiques, en faveur de juridictions constitutionnelles nationales, dès lors qu'il s'agit de la mise en œuvre du droit de l'Union. Ce n'est assurément pas dans ce sens que se dirige la Cour de justice.

Il paraît utile de se référer très brièvement, dans ce contexte, à des aspects de la problématique de l'application des droits fondamentaux soulevés par deux arrêts, dont l'un a déjà été cité, l'arrêt *Melloni*, l'autre étant l'arrêt *Akerberg Fransson*. Il s'agit de la signification des articles 51 (1) (champ d'application de la charte des droits fondamentaux) et 53 (niveau de protection) ainsi que du rôle du droit de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union.

Dans l'arrêt *Melloni*, la Cour a rejeté l'interprétation de l'article 51 (1) qui autoriserait «de manière générale un État membre à appliquer le standard de droits fondamentaux garanti par sa Constitution lorsqu'il est plus élevé que celui qui découle de la charte», une interprétation contraire au principe de primauté.

L'article 53 ne consacre donc pas de façon générale le *principe du niveau de protection le plus élevé*. Ce principe ne joue que «dans [le] champ d'application respectif» des différents droits fondamentaux existant au niveau international ou national.

L'arrêt *Akerberg Fransson* interprète l'article 51 (1) de la charte comme signifiant que les règles de celle-ci ont vocation à s'imposer aux États membres «lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union». Il en est ainsi à propos de manquements aux obligations déclaratives en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Celles-ci se rattachent, en effet, au système commun de TVA mis en œuvre par des directives destinées à assurer la perception de l'intégralité de la TVA et à lutter contre la fraude⁽⁴⁴⁾. On comprend

spécialement, p. 146. L'expression utilisée pour qualifier la charte dans le traité établissant une Constitution vaut aussi pour la charte annexée au traité de Lisbonne.

⁽⁴⁴⁾ Voir Craig, P., op. cit., p. 87 et suiv., à propos des interprétations étroite et large de l'article 51 (1) de la charte.

difficilement la réaction apparemment restrictive de la Cour constitutionnelle allemande qui a voulu voir, dans cette jurisprudence, un cas d'espèce non généralisable, dû à la spécificité du droit de la TVA ⁽⁴⁵⁾.

Le même arrêt rappelle la jurisprudence constante de la Cour, confirmée par l'article 6 (3) du traité UE, selon laquelle elle applique les droits fondamentaux reconnus par la Convention EDH en tant que principes généraux. Elle indique aussi que, conformément à l'article 52 (3) de la charte, elle doit donner aux droits garantis par celle-ci correspondant à des droits contenus dans la Convention EDH, le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite Convention. Toutefois, la Convention ne constitue pas (encore) «un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union». Par conséquent, dit la Cour, en se référant à un arrêt portant sur la même question ⁽⁴⁶⁾, «le droit de l'Union ne régit pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette Convention et une règle de droit national (point 44).»

Cependant, comme cela a été remarqué par un commentateur de l'arrêt *Kamberaj*, le juge de l'Union aurait pu rappeler que le juge national a le devoir d'écarter, en vertu du droit de l'Union, dans la mesure où l'on se trouve dans le champ d'application de ce droit, les normes nationales contraires à ces principes généraux, sans compter que la Convention EDH bénéficie de ce que l'auteur dénomme la «primauté internationale» ⁽⁴⁷⁾. Si l'on suit la Cour, telle qu'elle s'est exprimée dans les arrêts *Kamberaj* et *Åkerberg Fransson*, l'on pourrait se demander quelle est la signification de la reconnaissance des droits consacrés par la CEDH en tant que principes généraux du droit de l'Union ⁽⁴⁸⁾.

Notre collègue Peter Eeckhout fait avec vigueur un plaidoyer en faveur d'une jurisprudence plus ouverte de la Cour en ce qui concerne les conventions internationales, et, en particulier, un certain nombre de traités structurant l'architecture du monde globalisé: Organisation mondiale du commerce

⁽⁴⁵⁾ Voir BVerfG, 24 avril 2013, 1BvR 1215/07.

⁽⁴⁶⁾ Arrêt du 24 avril 2012, C-571/10, *Kamberaj*, point 62.

⁽⁴⁷⁾ Voir Tinç, M., «Retour aux sources: la place de la Convention EDH et celle de la charte des droits fondamentaux dans le droit de l'Union», *L'Europe des Libertés, Revue des affaires juridiques* (janvier-avril 2012, n° 38, mai 2012, p. 14-16.

⁽⁴⁸⁾ Le second arrêt appelle aussi des remarques concernant la prise en considération de la jurisprudence de la Cour EDH en ce qui concerne la règle ne bis in idem, mais cela mériterait en soi des développements comportant notamment une analyse critique des conclusions de l'avocat général Cruz Villalón.

(OMC) convention de Montego Bay, protocole de Kyoto, convention Marpol. Le professeur Lenaerts fait, au sujet de l'ordre juridique de l'Union et du droit international, la remarque suivante, qui pourrait apparaître comme un euphémisme au regard de la jurisprudence: «Si l'intégration du droit international est facilitée par l'ordre juridique de l'Union, son applicabilité peut connaître des limites»⁽⁴⁹⁾. Il y a, en effet, un contraste entre un monde globalisé, un droit international qui imprègne de façon importante la vie des individus et de l'économie dans une mesure qui était inconnue au début du XX^e siècle, et le fait que l'avis de 1926 de la Cour permanente de justice internationale sur la compétence des tribunaux de Dantzig⁽⁵⁰⁾ reste l'alpha et l'omega de la reconnaissance de l'effet direct des accords internationaux, et, en particulier, de la possibilité de contrôler la légalité des actes de l'Union à l'aune de ces accords.

Peut-on, en outre, se satisfaire de ce que l'Union européenne considère ne pas être liée par un accord conclu par l'ensemble de ses États membres? Ceux-ci pourraient-ils se soustraire à leurs obligations internationales en concluant entre eux un traité créant une organisation internationale à laquelle ils délégueraient des compétences couvertes par des engagements internationaux⁽⁵¹⁾? Quant à ce qui concerne l'effet direct, n'est-ce pas une question de plus ou de moins, comme nous l'avons relevé plus haut, et non pas le résultat d'une «analyse abstraite» de l'accord en question, ainsi que l'a indiqué le rapporteur? Le professeur Eeckhout note à cet égard une évolution dans l'arrêt *Intertanko*⁽⁵²⁾. L'auteur souligne, à juste titre, que la Cour ne pourra pas conclure trop aisément à la violation par l'Union de ses obligations internationales et invalider des dispositions législatives sur cette base. Il suggère que la Cour devrait se limiter à sanctionner des violations caractérisées, telles celles qu'un organe juridictionnel, comme un panel de l'OMC ou l'organe d'appel, auraient établies.

⁽⁴⁹⁾ Voir «Droit international et monisme de l'ordre juridique de l'Union», *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2010, p. 505-519, spécialement, p. 518.

⁽⁵⁰⁾ Avis du 3 mars 1928, CPJI, 1928, série B, n° 15, p. 17-18.

⁽⁵¹⁾ Cette thèse dite «de la succession» a toujours été rejetée par la Cour, dès lors qu'un transfert intégral des compétences exercées par les États à la Communauté/l'Union n'a pas eu lieu, voir arrêt du 3 juin 2008, C-308/06, *Intertanko e.a.*, Rec. p. I-4057, point 49. La Cour a aussi, jusqu'à présent, en particulier, dans le même arrêt, écarté l'application de «l'invocabilité *Nakajima*» que, jusqu'à présent, la Cour n'a admise que dans le cadre de procédures anti-dumping, voir *ibid.*, point 51. Sur cette question et la jurisprudence récente du Tribunal (sous pourvoi) à cet égard, voir Delile, J.-F., «À propos de l'arrêt *Vereniging Milieudefensie: la seconde naissance de l'invocabilité *Nakajima*»», *CDE*, 2012, p. 687-708.*

⁽⁵²⁾ Voir arrêt du 3 juin 2008, précité, points 53 et suiv.

Ces questions posées aujourd'hui ne sont pas nouvelles. Elles resteront à l'agenda, du moins des revues et des thèses de droit européen, vraisemblablement pour un certain temps encore.

Cette journée passionnante a paru bien courte pour traiter de tous les sujets abordés et les présentes conclusions générales sont nécessairement subjectives. Notre propos, qui devait rester bref, était notamment de montrer que l'arrêt *Van Gend en Loos* n'était pas seulement l'un des plus importants rendus par la Cour en ce qu'il a façonné l'ordre juridique de la Communauté/de l'Union mais qu'il définit aussi les lignes essentielles d'un programme d'avenir.



Notes





Notes





NEDERLANDS OPENLUCHTMUSEUM



ANNEXE

AFFAIRE 26-62 VAN GEND EN LOOS



**Demande de décision préjudicielle,
au sens de l'article 177 du traité C.E.E.,
présentée par la Tariefcommissie à Amsterdam
le 16 août 1962 dans le litige**

**N.V. ALGEMENE TRANSPORT- EN EXPEDITIE
ONDERNEMING VAN GEND & LOOS**

CONTRE

231

ADMINISTRATION FISCALE NÉERLANDAISE

AFFAIRE N° 26-62

**Arrêt de la Cour
du 5 février 1963**

232

Langue de procédure : le néerlandais

SOMMAIRE DE L'ARRÊT

1. Procédure — Décision à titre préjudiciel — Compétence de la Cour — Base — Interprétation du traité
(Traité C.E.E., art. 177, a)
2. Procédure — Décision à titre préjudiciel — Question — Choix — Pertinence
(Traité C.E.E., art. 177, a)
3. Communauté C.E.E. — Nature — Sujets de droits et d'obligations — Particuliers
4. États membres de la C.E.E. — Obligations — Manquements — Tribunaux nationaux — Droits des particuliers
(Traité C.E.E., art. 169, 170)
5. Droits de douane — Augmentation — Interdiction — Effets immédiats — Droits individuels — Sauvegarde
(Traité C.E.E., art. 12)
6. Droits de douane — Augmentation — Constatation — Droits appliqués — Notions
(Traité C.E.E., art. 12)
7. Droits de douane — Augmentation — Notion
(Traité C.E.E., art. 12)

233

1. *Pour conférer à la Cour compétence pour statuer à titre préjudiciel, il faut et il suffit qu'il ressorte à suffisance de droit de la question posée qu'elle comporte une interprétation du traité.*

2. *Les considérations qui ont pu guider une juridiction nationale dans le choix de ses questions ainsi que la pertinence qu'elle entend leur attribuer dans le cadre d'un litige soumis à son jugement restent soustraites à l'appréciation de la Cour statuant à titre préjudiciel ⁽¹⁾.*

3. *La Communauté économique européenne constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États*

⁽¹⁾ Cf. Sommaire de l'arrêt 13-61, n° 4, *Recueil*, VIII, p. 94.

ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants.

Le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique. Ces droits naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires.

4. *La circonstance que le traité C.E.E., dans les articles 169 et 170, permet à la Commission et aux États membres d'attirer devant la Cour un État qui n'a pas exécuté ses obligations ne prive pas les particuliers du droit d'invoquer, le cas échéant, ces mêmes obligations devant le juge national.*

5. *Selon l'esprit, l'économie et le texte du traité C.E.E., l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder.*

6. *Il résulte du texte et de l'économie de l'article 12 du traité qu'il faut, pour constater si des droits de douane et taxes d'effet équivalent ont été augmentés en méconnaissance de la défense y contenue, prendre en considération les droits et taxes effectivement appliqués à la date d'entrée en vigueur du traité ⁽¹⁾.*

7. *Constitue une augmentation illicite au sens de l'article 12 du traité C.E.E., l'imposition, depuis l'entrée en vigueur du traité, du même produit à un taux plus élevé, sans égard au fait que cette augmentation provienne d'une majoration proprement dite du taux douanier ou d'un nouvel agencement du tarif qui aurait pour conséquence le classement du produit dans une position plus fortement taxée.*

⁽¹⁾ Cf. Sommaire de l'arrêt 10-61, n° 1, *Recueil*, VIII, p. 5.

Dans l'affaire 26-62

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177, alinéa 1, a, et alinéa 3, du traité instituant la Communauté économique européenne, par la Tarief-commissie, tribunal administratif néerlandais statuant en dernier ressort sur les recours contentieux en matière fiscale et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant ledit tribunal,

entre

la société N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos,

avec siège à Utrecht,

représentée par M^e H. G. Stibbe et M^e L. F. D. ter Kuile, tous deux avocats à Amsterdam,

avec domicile élu au consulat général des Pays-Bas à Luxembourg,

et

l'administration fiscale néerlandaise,

représentée par l'inspecteur des droits d'entrée et des accises à Zaandam,

avec domicile élu à l'ambassade des Pays-Bas à Luxembourg,

une décision à titre préjudiciel sur les questions de savoir :

- 1° Si l'article 12 du traité C.E.E. a un effet interne, en d'autres termes, si les justiciables peuvent faire valoir, sur la base de cet article, des droits individuels que le juge doit sauvegarder;

2^o Dans l'affirmative, si l'application d'un droit d'entrée de 8 % à l'importation aux Pays-Bas, par la requérante au principal, d'urée-formaldéhyde en provenance de la République fédérale d'Allemagne a représenté une augmentation illicite au sens de l'article 12 du traité C.E.E. ou bien s'il s'est agi en l'espèce d'une modification raisonnable du droit d'entrée applicable avant le 1^{er} mars 1960 qui, bien que constituant une augmentation du point de vue arithmétique, ne doit pas être considérée comme interdite aux termes de l'article 12,

LA COUR

composée de

M. A. M. Donner, *président*

MM. L. Delvaux et R. Rossi, *présidents de chambre*

MM. O. Riese, Ch. L. Hammes (*rapporteur*), A. Trabucchi
et R. Lecourt, *juges*

avocat général : M. K. Roemer

greffier : M. A. Van Houtte

rend le présent

ARRÊT

POINTS DE FAIT ET DE DROIT

I — Exposé des faits et procédure

Attendu que les faits qui sont à la base de la présente affaire et le déroulement de la procédure peuvent être résumés comme suit :

1. Le 9 septembre 1960, la société N. V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos (ci-après désignée par « Van Gend & Loos ») a, suivant déclaration en douane du 8 septembre, sur formulaire D 5061, importé de la république fédérale d'Allemagne aux Pays-Bas une certaine quantité d'urée-formaldéhyde, désignée dans le document d'importation comme « Harnstoffharz (résine U. F.) 70, émulsion aqueuse d'urée-formaldéhyde ».

2. A la date de l'importation, le produit en question était classé sous la position 39.01-a-1 du tarif des droits d'entrée compris dans le « Tariefbesluit » entré en vigueur le 1^{er} mars 1960; celui-ci reprenait la nomenclature du protocole conclu entre le royaume de Belgique, le grand-duché de Luxembourg et le royaume des Pays-Bas à Bruxelles le 25 juillet 1958, ratifié aux Pays-Bas par la loi du 16 décembre 1959.

3. La position 39.01-a-1 y était libellée comme suit :

Droits applicables
gén. % spéc. %

237

« Produits de condensation, de polycondensation et de polyaddition, modifiés ou non, polymérisés ou non, linéaires ou non (phénoplastes, aminoplastes, alkydes polyesters allyliques et autres polyesters non saturés, silicones, etc.) :

a. produits liquides ou pâteux, y compris les émulsions, dispersions et solutions :

1. aminoplastes en émulsions, dispersions ou solutions aqueuses	10 %	8 % »
---	------	-------

4. Sur cette base, l'administration fiscale néerlandaise a appliqué le droit d'entrée de 8 % *ad valorem* à l'importation litigieuse.

5. Le 20 septembre 1960, Van Gend & Loos a introduit auprès de l'inspecteur des droits d'entrée et des accises à Zaandam une réclamation contre l'application de ce droit au cas d'espèce.

Elle avançait notamment l'argumentation suivante :

au 1^{er} janvier 1958, date d'entrée en vigueur du traité C.E.E., les aminoplastes en émulsions étaient classés sous la position

279-a-2 du tarif compris dans le « Tariefbesluit » de 1947 et grevés d'un droit d'entrée *ad valorem* de 3 %;

dans le « Tariefbesluit » entré en vigueur le 1^{er} mars 1960, la position 279-a-2 a été remplacée par la position 39.01-a;

au lieu d'appliquer uniformément, pour les échanges intra-communautaires, à tous les produits de l'ancienne position 279-a-2 un droit d'entrée de 3 %, une subdivision fut opérée : pour une position 39.01-a-1, qui comprenait exclusivement les aminoplastes en émulsions, dispersions ou solutions aqueuses, le droit d'entrée fut fixé à 8 %; pour les autres produits de la position 39-01-a, qui figuraient également sous l'ancienne position 279-a-2, le droit d'entrée de 3 % appliqué au 1^{er} janvier 1958 était maintenu;

en augmentant ainsi, après l'entrée en vigueur du traité C.E.E., le droit d'entrée sur le produit litigieux, le gouvernement néerlandais a violé l'article 12 de ce traité, qui prévoit que les États membres s'abstiendront d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent, et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles.

6. La réclamation de Van Gend & Loos fut rejetée le 6 mars 1961 comme irrecevable, parce que ne visant pas l'application même du tarif, mais son taux, par l'inspecteur des droits d'entrée et des accises à Zaandam.

7. Contre cette décision Van Gend & Loos a, le 4 avril 1961, formé un recours devant la Tariefcommissie à Amsterdam.

8. L'affaire fut portée à l'audience de la Tariefcommissie le 21 mai 1962.

Van Gend & Loos y développa, à l'appui de sa demande en annulation de la décision attaquée, les moyens déjà avancés dans sa réclamation du 20 septembre 1960.

L'administration fiscale répondit notamment qu'à l'entrée en vigueur du traité C.E.E. le produit litigieux n'était pas grevé,

au titre de la position 279-a-2, d'un droit de 3 % seulement, mais qu'en raison de sa nature et de sa destination il était classé sous la position 332 *bis* (« colles synthétiques et autres, non dénommées ni comprises ailleurs ») et grevé d'un droit de 10 %, de sorte qu'en fait il n'y a pas eu augmentation.

9. La Tariefcommissie, sans se prononcer formellement sur la question de savoir si le produit litigieux tombait sous la position 332 *bis* ou sous la position 279-a-2 du « Tariefbesluit » de 1947, estima que l'argumentation des parties soulevait une question portant sur l'interprétation du traité C.E.E.; en conséquence, elle a suspendu la procédure et, conformément à l'article 177, alinéa 3 du traité, saisi la Cour de justice, le 16 août 1962, des deux questions préjudicielles indiquées ci-dessus.

10. La décision de la Tariefcommissie a été notifiée le 23 août 1962 par les soins du greffier de la Cour aux parties en cause, aux États membres et à la Commission de la C.E.E.

11. En application de l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de la C.E.E., des observations écrites ont été déposées par les parties au litige principal, par le gouvernement du royaume de Belgique, le gouvernement de la république fédérale d'Allemagne, la Commission de la C.E.E. et le gouvernement du royaume des Pays-Bas.

12. A l'audience publique de la Cour du 29 novembre 1962, la partie requérante au principal et la Commission de la C.E.E. ont été entendues en leurs observations orales.

A la même audience des questions leur ont été posées par la Cour; les réponses écrites ont été introduites dans le délai imparti.

13. L'avocat général a pris ses conclusions orales et motivées à l'audience du 12 décembre 1962, il a proposé à la Cour de ne répondre dans son arrêt qu'à la première question qui lui est soumise et de déclarer que l'article 12 du traité C.E.E. ne contient qu'une obligation pour les États membres.

II — Arguments et observations

Attendu que les arguments contenus dans les observations présentées, conformément à l'article 20, alinéa 2, du protocole sur le statut de la Cour de justice de la C.E.E., par les parties en cause, les États membres et la Commission peuvent être résumés comme suit :

A — SUR LA PREMIÈRE QUESTION

De la recevabilité

Le *gouvernement néerlandais*, le *gouvernement belge* et l'*administration fiscale néerlandaise* (qui, dans son mémoire, a déclaré faire entièrement siennes les observations présentées par le gouvernement néerlandais) constatent que Van Gend & Loos fait essentiellement grief aux gouvernements des pays du Benelux d'avoir, par le protocole de Bruxelles du 25 juillet 1958, violé l'article 12 du traité C.E.E. en augmentant, après l'entrée en vigueur de ce traité, un droit de douane appliqué dans leurs relations avec les autres États membres des Communautés.

Le *gouvernement néerlandais* conteste qu'une prétendue violation du traité par un État membre puisse être soumise à la censure de la Cour par une procédure autre que celle des articles 169 ou 170, c'est-à-dire sur l'initiative d'un autre État membre ou de la Commission; il soutient, en particulier, que la Cour ne peut en être saisie par la procédure préjudicielle de l'article 177.

La Cour, selon lui, ne saurait, dans le cadre de la présente affaire, statuer sur un tel problème puisqu'il ne porte pas sur l'interprétation, mais sur l'application du traité dans un cas concret.

Le *gouvernement belge* soutient que la première question soumet à la Cour une difficulté de caractère constitutionnel, qui est de l'unique compétence du juge national néerlandais.

Celui-ci se trouve en présence de deux actes internationaux, tous les deux intégrés dans la législation nationale; il doit décider,

sur le plan national — dans l'hypothèse où ils seraient réellement contradictoires — de la prééminence d'un traité sur un autre ou, plus exactement, de la prééminence d'une loi d'approbation nationale antérieure sur une loi d'approbation nationale postérieure.

Il s'agit là typiquement d'une question de droit constitutionnel interne, qui ne ressortit nullement à l'interprétation d'un article du traité C.E.E. et qui, ne pouvant être résolue que selon les normes constitutionnelles et jurisprudentielles du droit interne néerlandais, relève du seul juge néerlandais.

Le gouvernement belge fait encore remarquer qu'une décision sur le premier point soumis à la Cour, non seulement n'est pas nécessaire à la Tariefcommissie pour rendre son jugement, mais ne peut même exercer aucune influence sur la solution de la difficulté réelle qu'elle est appelée à résoudre.

En effet, quelle que soit la réponse de la Cour, la Tariefcommissie aura à résoudre le même problème; a-t-elle le droit de ne pas tenir compte de la loi du 16 décembre 1959 portant approbation du protocole de Bruxelles, sous prétexte qu'elle serait en contradiction avec une loi — antérieure — du 5 décembre 1957 portant approbation du traité instituant la C.E.E.?

La question posée n'est donc pas une véritable question préjudicielle, puisque sa solution ne peut permettre au juge du fond de statuer définitivement sur le litige qui est pendant devant lui.

La *Commission de la C.E.E.*, par contre, fait observer que l'effet des dispositions du traité sur le droit interne des États membres ne saurait être déterminé par le droit proprement national de chacun d'eux, mais par le traité lui-même; il s'agit donc bien d'un problème relevant de l'interprétation du traité.

La Commission signale, par ailleurs, qu'une décision d'irrecevabilité aurait pour conséquence paradoxale et choquante que les droits des particuliers seraient sauvegardés dans tous les cas de violation du droit communautaire, sauf si cette violation est le fait d'un État membre.

Quant au fond

Van Gend & Loos répond par l'affirmative à la question de savoir si l'article a un effet interne.

Elle soutient, en particulier, que :

- l'article 12 est applicable sans qu'il doive être, au préalable, intégré dans la législation nationale des États membres, puisqu'il n'impose qu'une obligation de ne pas faire;
- il a un effet direct, sans autre élaboration de la part du législateur communautaire, tous les droits de douane appliqués par les États membres dans leurs relations commerciales mutuelles étant consolidés au 1^{er} janvier 1957 (article 14 du traité);
- bien qu'il ne vise pas directement les ressortissants des États membres, mais les autorités nationales, sa violation porte atteinte aux principes fondamentaux de la Communauté et non seulement celle-ci, mais aussi les particuliers doivent être protégés contre une telle violation;
- il se prête particulièrement à être appliqué directement par le juge national, qui doit censurer l'application de droits de douane introduits ou augmentés en violation de ses dispositions.

La *Commission* souligne l'intérêt qui s'attache à la réponse que la Cour apportera à la première question : elle aura des conséquences non seulement sur l'interprétation, dans un cas particulier, de la disposition en cause et sur l'effet qui lui sera reconnu dans l'ordre juridique des États membres, mais aussi sur certaines autres dispositions du traité, aussi claires et aussi complètes que l'article 12.

De l'analyse de la structure juridique du traité et de l'ordre juridique qu'il institue, il ressort, selon la *Commission*, d'une part, que les États membres n'ont pas entendu seulement contracter

des engagements mutuels, mais instituer un droit communautaire, d'autre part, qu'ils n'ont pas voulu soustraire l'application de ce droit à la compétence normale des instances judiciaires nationales.

Or, le droit communautaire doit recevoir une application effective et uniforme dans l'ensemble de la Communauté.

Il en résulte, tout d'abord, que l'effet du droit communautaire sur le droit interne des États membres ne peut être déterminé par ce droit interne, mais le seul droit communautaire, ensuite, que les juridictions nationales sont tenues d'appliquer directement les règles du droit communautaire, enfin, que le juge national est tenu de faire prévaloir les règles du droit communautaire sur les lois nationales contraires, même postérieures.

La Commission fait observer dans ce contexte que le fait qu'une règle communautaire soit, en la forme, destinée aux États ne suffit pas à dénier aux particuliers, qui y ont intérêt, le droit d'en requérir l'application devant le juge national.

En ce qui concerne plus particulièrement la question soumise à la Cour, la Commission est d'avis que l'article 12 contient une règle de droit susceptible d'application effective par le juge national.

Il s'agit d'une disposition parfaitement claire, en ce sens qu'elle fonde, pour les États membres, une obligation concrète et dépourvue d'ambiguïté, portant sur l'élaboration de leur droit interne en une matière qui touche directement leurs ressortissants; et elle n'est pas affectée ou atténuée par une autre disposition du traité.

Il s'agit aussi d'une disposition complète et qui se suffit à elle-même, en ce qu'elle n'exige, sur le plan communautaire, aucune mesure nouvelle pour concrétiser l'obligation qu'elle définit.

Le *gouvernement néerlandais* établit une distinction entre le problème de l'effet interne et celui de l'effet direct (ou de l'applicabilité directe), le premier, selon lui, conditionnant le second.

Il estime qu'il ne peut être répondu affirmativement à la question de savoir si une certaine disposition du traité a un effet

interne que si chacun des éléments essentiels, l'intention des parties contractantes et la teneur matérielle de la disposition considérée, permet une telle conclusion.

En ce qui concerne l'intention des parties au traité, le gouvernement néerlandais soutient que l'examen de ses termes mêmes suffit à établir que l'article 12 n'oblige que les États membres, qui sont libres de décider de la manière dont ils entendent respecter cette obligation; une comparaison avec d'autres dispositions du traité confirme cette constatation.

N'ayant pas d'effet interne, l'article 12 ne peut, *a fortiori*, avoir d'effet direct.

Même si l'on devait considérer comme un effet interne le seul fait qu'il oblige les États membres, l'article 12 ne saurait avoir d'effet direct au sens qu'il autoriserait les ressortissants des États membres à faire valoir des droits subjectifs que le juge doit sauvegarder.

A titre subsidiaire, le gouvernement néerlandais fait valoir que le traité C.E.E. ne diffère pas d'un traité international classique quant aux conditions requises pour qu'il puisse avoir un effet direct. Les éléments décisifs en cette matière sont l'intention des parties et les termes du traité.

Or, la question de savoir si, en vertu du droit constitutionnel néerlandais, l'article 12 est directement applicable, ressortit à l'interprétation du droit néerlandais et n'entre pas dans les compétences de la Cour de justice.

Enfin, le gouvernement néerlandais indique les conséquences qu'entraînerait, à ses yeux, une réponse affirmative à la première question posée par la Tariefcommissie :

- elle bouleverserait le système qu'ont entendu établir les auteurs du traité;
- elle créerait, à l'égard des nombreuses dispositions des règlements communautaires qui obligent explicitement les États membres, une insécurité juridique de nature à mettre en cause la collaboration de ces États;

— elle mettrait en jeu la responsabilité des États au moyen d'une procédure qui n'a pas été prévue à cet effet.

Le *gouvernement belge* soutient que l'article 12 ne figure pas parmi les dispositions — qui sont l'exception dans le traité — avec effet interne direct.

L'article 12 ne constitue pas une norme juridique de caractère général prévoyant la non-validité d'office ou la nullité absolue de toute introduction d'un droit de douane nouveau ou de toute augmentation d'un droit existant; il oblige seulement les États membres à s'abstenir de procéder à de telles mesures.

Il ne crée donc pas un droit immédiatement applicable, que les nationaux pourraient invoquer et faire respecter; il exige des gouvernements une intervention ultérieure pour atteindre l'objectif fixé par le traité; le respect de cette obligation ne peut être demandé devant le juge national.

Le *gouvernement allemand* est également d'avis que l'article 12 du traité C.E.E. ne constitue pas une règle de droit immédiatement applicable dans tous les États membres; il établit à leur charge une obligation internationale (en matière de politique douanière) qui doit être mise à exécution par les organes nationaux dotés de la compétence législative.

Les droits de douane applicables à un citoyen d'un État membre des Communautés, tout au moins pendant la période transitoire, ne résultent donc pas du traité C.E.E. ou d'actes juridiques des institutions, mais des actes juridiques posés par les États membres. L'article 12 ne fait qu'énoncer les règles que ceux-ci doivent respecter dans leur législation.

L'obligation qu'il porte n'existe d'ailleurs qu'envers les autres États contractants.

En droit allemand, une règle juridique qui fixerait un droit de douane à l'encontre des dispositions de l'article 12 serait parfaitement valable.

Dans le cadre du traité C.E.E., la protection juridictionnelle des nationaux d'un État membre n'est assurée, par des dispositions

dérogeant à celles de leur système constitutionnel national, qu'à l'égard des actes des institutions de la Communauté qui les concernent directement et individuellement.

B — SUR LA DEUXIÈME QUESTION

De la recevabilité

Le *gouvernement néerlandais* et le *gouvernement belge* estiment que la deuxième question, tout comme la première, est irrecevable.

La réponse à la question de savoir si, en fait, le protocole de Bruxelles de 1958 comporte de la part des États signataires un manquement aux obligations définies à l'article 12 du traité C.E.E. ne peut être, selon eux, donnée dans le cadre d'un avis préjudiciel, l'application du traité et non son interprétation étant en cause.

Par ailleurs, elle suppose un examen approfondi et une appréciation concrète des faits et circonstances propres à une situation déterminée, qui ne relève pas non plus de l'article 177.

Le *gouvernement néerlandais* fait ressortir, par ailleurs, que si un manquement d'un État à ses obligations communautaires pouvait être soumis à la Cour par une procédure autre que celle des articles 169 et 170, sa protection juridictionnelle s'en trouverait indûment amoindrie.

Le *gouvernement allemand* pour sa part, sans en faire formellement une exception d'irrecevabilité, soutient que l'article 12 ne fonde qu'une obligation internationale à charge des États et que la question de savoir si une réglementation nationale, prise pour son exécution, ne satisfait pas à cette obligation, ne peut dépendre d'une décision de la Cour dans le cadre de l'article 177, puisqu'elle ne concerne pas l'interprétation du traité.

Van Gend & Loos estime également que, sous la forme directe dans laquelle elle a été posée, la deuxième question nécessiterait un examen des faits qui ne relève pas de la compétence de la Cour statuant aux termes de l'article 177.

La véritable question d'interprétation qui se pose pourrait, selon elle, être libellée de la manière suivante :

Une dérogation aux règles appliquées antérieurement au 1^{er} mars 1960 (ou plus précisément : antérieurement au 1^{er} janvier 1958) peut-elle ne pas avoir le caractère de l'augmentation interdite par l'article 12 du traité, bien que cette dérogation représente une augmentation du point de vue arithmétique?

Quant au fond

Van Gend & Loos reprend en détail l'évolution de la classification des aminoplastes dans les tarifs successifs, pour prouver que c'est consciemment, et non pas par l'effet inévitable de l'adaptation de l'ancien tarif au nouveau, qu'ils ont été grevés d'un droit de 8 % au lieu de 3 %.

Le gouvernement néerlandais a ainsi augmenté, en violation de l'article 12 du traité C.E.E., un droit de douane appliqué dans ses relations commerciales avec les autres États membres.

Le gouvernement néerlandais et le gouvernement belge répondent que l'urée-formaldéhyde était, avant l'adaptation du tarif Benelux de 1958, soumise non pas au droit d'entrée de 3 % prévu à la position 279-a-2 du « *Tariefbesluit* » de 1947, mais au droit d'entrée de 10 % prévu à la position 332 *bis* (colle).

La pratique, en effet, avait démontré que les marchandises en question étaient le plus souvent utilisées comme colle et qu'en règle générale elles pouvaient être utilisées comme telle. Aussi, les ministères intéressés avaient-ils décidé que le produit litigieux devait toujours être taxé comme colle et figurer sous la position 332 *bis*.

Bien que la Tariefcommissie ait, dans certains cas, où sa destination n'était pas suffisamment déterminée, classé le produit qui fait l'objet du litige sous la position 279-a-2, les administrations des pays du Benelux l'avaient soumis à un droit d'entrée de 10 % dès avant la mise en vigueur de la nomenclature de Bruxelles qui, elle, ne permet plus de contestations.

Il ne peut donc être question en l'espèce d'une augmentation d'un droit de douane ni d'une dérogation aux règles de l'article 12 du traité.

Van Gend & Loos réplique à cet égard que ne pouvaient être classées sous la position 332 bis que les solutions aqueuses d'aminoplastes additionnées de charges ou liants et ne nécessitant plus que l'adjonction d'un produit durcissant pour donner une colle efficace, c'est-à-dire celles qui ne pouvaient être considérées comme simple matière première.

La *Commission de la C.E.E.* estime, en premier lieu, que l'interdiction de l'article 12 concerne toute marchandise susceptible de faire l'objet d'un commerce entre les États membres (dans la mesure où ce commerce porte sur des produits remplissant les conditions de l'article 9, § 2).

L'article 12 ne vise pas seulement au maintien général des droits de douane appliqués, dans leurs relations mutuelles, par les divers États membres, mais concerne chaque produit pris isolément; il ne comporte aucune exception, même partielle ou temporaire.

La Commission relève ensuite que, dans le cadre de l'article 12, il faut prendre en considération le droit effectivement appliqué lors de l'entrée en vigueur du traité; celui-ci résulte de l'ensemble des dispositions et des usages du droit administratif.

Or, une classification occasionnelle sous une autre position tarifaire est en soi insuffisante pour ne pas faire considérer comme étant effectivement appliqué aux aminoplastes le droit de 10 % correspondant à la position 332 bis.

Il faut admettre, en l'occurrence, une notion de régularité apparente : lorsqu'il existe une interprétation officielle de l'administration compétente et des instructions conformes à cette interprétation données aux agents d'exécution pour fixer les modalités de perception d'un droit, c'est là le « droit appliqué » au sens de l'article 12 du traité.

La Commission considère donc comme droit appliqué à l'entrée en vigueur du traité le droit de 10 % ; il n'y a par conséquent pas eu, en l'espèce, augmentation contraire à l'article 12.

MOTIFS

I — Quant à la procédure

Attendu que la régularité de la procédure de la demande de décision préjudicielle adressée en vertu de l'article 177 du traité C.E.E. à la Cour par la Tariefcommissie, juridiction au sens de cet article, ne fait l'objet d'aucune objection ;

que par ailleurs la demande à cet égard ne donne lieu à aucune critique d'office.

II — Quant à la première question

249

A — DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR

Attendu que le gouvernement des Pays-Bas et le gouvernement belge contestent la compétence de la Cour, au motif qu'il s'agirait en l'espèce d'une demande relative non à l'interprétation mais à l'application du traité dans le cadre du droit constitutionnel des Pays-Bas ;

que plus particulièrement la Cour ne serait pas compétente pour se prononcer sur une prééminence à reconnaître, le cas échéant, aux dispositions du traité C.E.E. soit sur la législation néerlandaise, soit sur d'autres accords passés par les Pays-Bas et intégrés dans leur droit national ; que la solution d'un tel problème tomberait sous la compétence exclusive des juridictions nationales, sous réserve d'un recours selon les conditions fixées par les articles 169 et 170 du traité ;

attendu cependant qu'en l'espèce la Cour n'est pas appelée à juger de l'application du traité selon les principes du droit interne

néerlandais, qui reste du ressort des juridictions nationales, mais qu'il lui est demandé exclusivement, conformément à l'article 177, *a*, du traité, d'interpréter la portée de l'article 12 dudit traité dans le cadre du droit communautaire et sous l'aspect de son incidence sur les particuliers;

que ce moyen manque donc de base en droit;

attendu que le gouvernement belge évoque encore l'incompétence de la Cour, motif pris de ce que la réponse susceptible d'être apportée par celle-ci à la première question de la Tariefcommissie ne serait pas relevante pour la solution du litige soumis à cette juridiction;

attendu cependant que pour conférer compétence à la Cour en la présente affaire, il faut et il suffit qu'il ressorte à suffisance de droit que la question posée vise une interprétation du traité;

que les considérations qui ont pu guider une juridiction nationale dans le choix de ses questions, ainsi que la pertinence qu'elle entend leur attribuer dans le cadre d'un litige soumis à son jugement, restent soustraites à l'appréciation de la Cour;

attendu que le libellé des questions posées les fait paraître relatives à l'interprétation du traité;

qu'elles entrent ainsi dans la compétence de la Cour;

que ce moyen n'est pas non plus fondé.

B — *QUANT AU FOND*

Attendu que la Tariefcommissie pose en premier lieu la question de savoir si l'article 12 du traité a un effet immédiat en droit interne, dans le sens que les ressortissants des États membres pourraient faire valoir sur la base de cet article des droits que le juge national doit sauvegarder;

attendu que pour savoir si les dispositions d'un traité international ont une telle portée il faut en envisager l'esprit, l'économie et les termes;

attendu que l'objectif du traité C.E.E. qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants;

que cette conception se trouve confirmée par le préambule du traité qui, au delà des gouvernements, vise les peuples, et de façon plus concrète par la création d'organes qui institutionnalisent des droits souverains dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens;

qu'il faut d'ailleurs remarquer que les ressortissants des États réunis dans la Communauté sont appelés à collaborer, par le truchement du Parlement européen et du Comité économique et social, au fonctionnement de cette Communauté;

qu'en outre le rôle de la Cour de justice dans le cadre de l'article 177, dont le but est d'assurer l'unité d'interprétation du traité par les juridictions nationales, confirme que les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions;

qu'il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants;

que, partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique;

que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires;

attendu qu'eu égard à l'économie du traité en matière de droits de douane et taxes d'effet équivalent, il convient de souligner que l'article 9, qui fonde la Communauté sur une union douanière, comporte comme règle essentielle l'interdiction de ces droits et taxes;

que cette disposition figure en tête de la partie du traité qui définit les « fondements de la Communauté »; qu'elle se trouve appliquée et explicitée par l'article 12;

attendu que le texte de l'article 12 énonce une interdiction claire et inconditionnelle qui est une obligation non pas de faire, mais de ne pas faire;

que cette obligation n'est d'ailleurs assortie d'aucune réserve des États de subordonner sa mise en œuvre à un acte positif de droit interne;

que cette prohibition se prête parfaitement, par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables;

attendu que l'exécution de l'article 12 ne nécessite pas une intervention législative des États;

que le fait, par cet article, de désigner les États membres comme sujets de l'obligation de s'abstenir n'implique pas que leurs ressortissants ne puissent en être les bénéficiaires;

attendu que, par ailleurs, l'argument tiré des articles 169 et 170 du traité qu'ont invoqué les trois gouvernements qui ont présenté à la Cour des observations dans leurs mémoires tombe à faux;

qu'en effet la circonstance que le traité, dans les articles susvisés, permet à la Commission et aux États membres d'attirer devant la Cour un État qui n'a pas exécuté ses obligations n'implique pas pour les particuliers l'impossibilité d'invoquer, le cas échéant, devant le juge national ces obligations, tout comme le fait que le traité met à la disposition de la Commission des moyens pour assurer le respect des obligations imposées aux assujettis

n'exclut pas la possibilité, dans les litiges entre particuliers devant le juge national, d'invoquer la violation de ces obligations;

qu'une limitation aux seules procédures des articles 169 et 170 des garanties contre une violation de l'article 12 par les États membres supprimerait toute protection juridictionnelle directe des droits individuels de leurs ressortissants;

que le recours à ces articles risquerait d'être frappé d'inefficacité s'il devait intervenir après l'exécution d'une décision nationale prise en méconnaissance des prescriptions du traité;

que la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres;

attendu qu'il résulte des considérations qui précèdent que selon l'esprit, l'économie et le texte du traité l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder.

253

III — Quant à la deuxième question

A — DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR

Attendu que, selon les observations des gouvernements belge et néerlandais, le libellé de cette question semblerait exiger, pour sa solution, de la part de la Cour un examen de la classification tarifaire de l'urée-formaldéhyde importée aux Pays-Bas, classification sur laquelle Van Gend & Loos et l'inspecteur des droits d'entrée et des accises à Zaandam défendent des opinions divergentes au regard du « *Tariefbesluit* » de 1947;

que la position du problème ne comporterait pas une interprétation du traité, mais viserait un cas d'application de la législation douanière néerlandaise à la classification des aminoplastes, qui sort de la compétence attribuée par l'article 177, *a*, à la juridiction communautaire;

que, partant, la demande de la Tariefcommissie excéderait la compétence de la Cour;

attendu cependant que la portée véritable de la question posée par la Tariefcommissie revient à savoir si, en droit, une augmentation effective des droits de douane grevant un produit déterminé et qui résulterait non pas d'une hausse du barème, mais d'un nouveau classement du produit à la suite du changement de sa qualification tarifaire, contrevient à la prohibition de l'article 12 du traité;

attendu que sous cet aspect la question posée vise une interprétation de cette disposition du traité et plus particulièrement de la portée qu'il convient d'attribuer à la notion de droits appliqués avant la mise en vigueur du traité;

que dès lors la Cour est compétente pour répondre à la question.

Attendu qu'il résulte du texte et de l'économie de l'article 12 du traité qu'il faut, pour constater si des droits de douane ou taxes d'effet équivalent ont été augmentés en méconnaissance de la défense y contenue, prendre en considération les droits et taxes effectivement appliqués à la date d'entrée en vigueur du traité;

attendu, par ailleurs, qu'au regard de la prohibition de l'article 12 du traité une telle augmentation illicite peut provenir aussi bien d'un nouvel agencement du tarif, qui aurait pour conséquence le classement du produit dans une position plus fortement taxée, que d'une majoration proprement dite du taux douanier;

attendu qu'il importe peu de savoir de quelle manière l'augmentation des droits de douane est survenue, dès lors que, dans un même État membre, le même produit s'est trouvé, depuis l'entrée en vigueur du traité, imposé à un taux plus élevé;

que l'application de l'article 12, conformément à l'interprétation qui a été donnée ci-dessus, entre dans la compétence du

juge national qui doit rechercher si le produit imposable, en l'espèce l'urée-formaldéhyde en provenance de la république fédérale d'Allemagne, se trouve frappé par les mesures douanières mises en vigueur aux Pays-Bas d'un droit d'importation supérieur à celui qui le grevait au 1^{er} janvier 1958;

que la Cour n'est pas compétente pour vérifier à ce sujet le bien-fondé des affirmations contradictoires qui lui ont été présentées au cours de la procédure, mais doit les abandonner à l'appréciation des instances nationales.

IV — Quant aux dépens

Attendu que les frais exposés par la Commission de la C.E.E. et les gouvernements des États membres qui ont soumis leurs observations à la Cour ne peuvent faire l'objet d'un remboursement;

qu'en l'espèce la procédure revêt, à l'égard des parties en cause, le caractère d'un incident soulevé au cours du litige pendant devant la Tariefcommissie; qu'ainsi la décision sur les dépens incombe à cette juridiction;

255

par ces motifs :

vu les actes de procédure;

le juge rapporteur entendu en son rapport;

la partie requérante au principal et la Commission de la C.E.E. entendues en leurs observations orales;

l'avocat général entendu en ses conclusions;

vu les articles 9, 12, 14, 169, 170 et 177 du traité instituant la Communauté économique européenne;

vu le protocole sur le statut de la Cour de justice de la Communauté économique européenne;

vu le règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes,

LA COUR

se prononçant sur la demande à elle soumise à titre préjudiciel par la Tariefcommissie, par décision du 16 août 1962, dit pour droit :

- 1^o **L'article 12 du traité instituant la Communauté économique européenne produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder;**
- 2^o **Pour constater si des droits de douane ou taxes d'effet équivalent ont été augmentés en méconnaissance de la défense contenue à l'article 12 du traité, il faut prendre en considération les droits et taxes effectivement appliqués par l'État membre dont il s'agit à l'entrée en vigueur du traité;
une telle augmentation peut provenir aussi bien d'un nouvel agencement du tarif qui aurait pour conséquence le classement du produit dans une position plus fortement taxée que d'une majoration du taux douanier appliqué;**
- 3^o **Il appartient à la Tariefcommissie de statuer sur les dépens de la présente instance.**

Ainsi jugé à Luxembourg le 5 février 1963.

DONNER	DELVAUX	ROSSI
RIESE	HAMMES	TRABUCCHI
		LECOURT

Lu en séance publique à Luxembourg le 5 février 1963.

Le greffier
A. VAN HOUTTE

Le président
A. M. DONNER

**Conclusions de l'avocat général
M. KARL ROEMER**

12 décembre 1962

257

Traduit de l'allemand

SOMMAIRE

	Page
Introduction	33
Examen juridique	34
I — Ordre de l'examen	34
II — Première question	35
1. Recevabilité	35
2. Examen de la première question	38
III — Seconde question	47
1. Recevabilité	48
2. Examen de la seconde question	50
IV — Conclusion	58

Monsieur le Président, Messieurs les Juges,

La présente affaire a son origine dans un procès en instance devant la Tariefcommissie, un tribunal administratif néerlandais. Ce dernier est saisi d'une action en annulation d'une décision du fisc néerlandais du 6 mars 1961, relative à l'application d'un certain droit de douane pour l'importation d'urée-formaldéhyde en provenance de la république fédérale d'Allemagne. Cette décision se fonde sur le nouveau tarif douanier néerlandais entré en vigueur le 1^{er} mars 1960 et qui a été élaboré dans le protocole de Bruxelles du 25 juillet 1958 par le royaume de Belgique, le grand-duché de Luxembourg et le royaume des Pays-Bas; il a été ratifié dans ce dernier pays par la loi du 16 décembre 1959.

Les parties à la procédure sont d'accord avec la Tariefcommissie sur le fait qu'au moment de l'importation (9 septembre 1960) les marchandises importées ont été correctement classées sous une position tarifaire déterminée du tarif douanier en vigueur. Mais ce tarif a été établi par dérogation au tarif ancien ⁽¹⁾ en vigueur d'après la nomenclature de Bruxelles ⁽²⁾, ce qui a entraîné une modification des anciennes positions tarifaires.

Alors que la denrée en question, comme deux décisions de la Tariefcommissie permettent de s'en rendre compte, était classée avant le 1^{er} mars 1960 dans une catégorie frappée d'un droit de 3 % d'après le tarif douanier néerlandais (« Tariefbesluit » 1947), après l'introduction de la nomenclature de Bruxelles elle a été frappée d'un droit plus élevé à la suite du regroupement d'anciennes positions tarifaires.

C'est pourquoi la partie plaignante a jugé que cette modification du tarif douanier par le protocole de Bruxelles contrevenait

⁽¹⁾ Entré en vigueur en 1948 dans les trois pays du Benelux en vertu de la convention douanière du 5 septembre 1944.

⁽²⁾ Fixé dans l'accord du 15 décembre 1950 sur la nomenclature tarifaire pour la classification des marchandises dans les tarifs douaniers.

à l'article 12 du traité C.E.E. et que la décision prise par l'administration des douanes devait être annulée compte tenu des dispositions du traité C.E.E.

La Tariefcommissie n'a pas tranché ce problème, mais elle l'a soumis à la Cour le 16 août 1962, d'après l'article 177 du traité, en lui demandant de trancher deux questions à titre préjudiciel. Elle désirait savoir :

- « 1) Si l'article 12 du traité C.E.E. a un effet interne comme le prétend la requérante, en d'autres termes si les ressortissants des États membres peuvent faire valoir, sur la base de l'article en question, des droits subjectifs que le juge doit sauvegarder;
- 2) Dans l'affirmative, s'il y a eu augmentation illicite du droit d'entrée ou bien s'il s'agit seulement d'une modification raisonnable des droits applicables antérieurement au 1^{er} mars 1960, modification qui, bien que représentant une augmentation du point de vue arithmétique, ne doit toutefois pas être considérée comme interdite aux termes de l'article 12. »

Selon l'article 20 du statut de la Cour de justice de la C.E.E., le greffier a notifié la demande de décision préjudicielle aux parties à la procédure devant le tribunal national, aux États membres et à la Commission. Les parties au procès, les gouvernements du royaume des Pays-Bas, du royaume de Belgique, de la république fédérale d'Allemagne et la Commission de la C.E.E. ont remis des observations écrites. Au cours des débats oraux, seule la requérante et la Commission de la C.E.E. ont pris la parole. Nous mentionnerons le contenu de toutes ces remarques en étudiant la demande de décision préjudicielle.

Examen juridique

I — ORDRE DE L'EXAMEN

Certaines observations écrites ont suggéré à la Cour de commencer par répondre à la seconde question.

Selon la conception du gouvernement néerlandais, celle-ci repose sur l'idée qu'il y aurait un conflit entre l'article 12 du traité C.E.E. et le protocole de Bruxelles (qui constitue la base du tarif

douanier critiqué). Cette idée reposerait sur une fausse interprétation du traité C.E.E. L'accord Benelux n'aurait pas entendu déroger de façon illicite au traité C.E.E. Répondre en ce sens à la seconde question, c'est ôter tout objet à la première.

Il nous semble indiqué, pour des motifs de bonne procédure, de consacrer tout d'abord quelques instants à cette thèse.

En principe, nous estimons que, dans sa réponse à des questions d'interprétation, la Cour est tenue de suivre l'ordre adopté par le tribunal qui l'a saisie, cela à tout le moins lorsque cet ordre se détermine en fonction du degré d'importance des questions à trancher pour le procès national et si les questions posées sont, d'après le système du droit communautaire, dans un rapport matériel et logique qui permette de respecter l'ordre choisi. Mais nous n'aurons pas à approfondir ce problème dans le cas d'espèce.

Il ne serait possible de penser à inverser cet ordre que si, à première vue, avant d'entrer dans l'examen proprement dit, il devait apparaître que la seconde question est plus simple et devrait faire l'objet d'une réponse dans un sens qui, à coup sûr, rendrait inutile l'examen de la première. Mais, à notre avis, en l'espèce, il n'est pas possible de reconnaître indubitablement que la seconde question n'a que l'aspect mentionné par le gouvernement néerlandais, qu'elle présente un moindre degré de difficulté et qu'elle exige un examen moins poussé, ni qu'il y ait toute vraisemblance que la réponse à lui donner aille dans le sens indiqué par le gouvernement néerlandais. Cette réflexion suffit pour conserver l'ordre d'examen choisi par la Tariefcommissie lequel, en outre, nous semble-t-il, répond aussi à la logique. Une interprétation du contenu de l'article 12 ne peut en effet intéresser le juge néerlandais que s'il sait qu'il doit appliquer cette règle.

II — PREMIÈRE QUESTION

I. *Recevabilité*

Il faut examiner d'office si la demande de la Tariefcommissie est recevable au sens de l'article 177 du traité. Il s'agit d'une ques-

tion à laquelle les intéressés ne peuvent pas renoncer, car nous nous trouvons dans une procédure objective d'interprétation du traité. Naturellement, cela n'exclut pas que les intéressés soulèvent des questions de recevabilité. C'est ainsi que le gouvernement néerlandais et le gouvernement belge ont attiré l'attention sur les points suivants relatifs à la première question :

- 1) Elle ne concerne pas l'interprétation d'un article du traité, mais elle est relative à un problème de droit constitutionnel néerlandais.
- 2) La réponse à la première question n'a pas d'influence sur la solution des véritables difficultés du procès néerlandais. Même en cas de réponse affirmative à cette question, le juge néerlandais reste placé devant le problème de savoir à quelle loi de ratification (celle du traité C.E.E. ou bien celle du protocole de Bruxelles) il doit donner la préférence.

Ces remarques doivent être examinées avant la solution des problèmes d'interprétation qui ont été posés.

Sur le point 1

La question de savoir si la Tariefcommissie a soumis à la Cour un problème de droit constitutionnel néerlandais amène cette remarque : il nous apparaît certain que le *texte* de la première question (« si l'article 12... a un effet interne ») fait penser que la Cour est placée devant une tâche qui dépasse ses compétences prévues à l'article 177. Il est impossible d'éclaircir de façon exhaustive la question de savoir quels sont les effets juridiques réels d'une convention internationale sur les ressortissants d'un État membre, sans tenir compte du droit constitutionnel national.

Mais d'un autre côté il est clair que la question ne porte pas exclusivement sur des problèmes de droit constitutionnel. Les effets d'un traité international dépendent en premier lieu du point de savoir quelle portée juridique ses auteurs ont entendu donner à ses différentes dispositions, si elles ne contiennent que des programmes, des déclarations de volonté, des obligations de faire

sur le plan international, ou bien si une partie d'entre elles doit avoir un effet direct sur l'ordre juridique des États membres. Si l'examen se limite à cet aspect, sans porter un jugement sur le point de savoir comment le droit constitutionnel national adopte les conséquences voulues du traité dans l'ordre juridique national, il se déroule dans le domaine de l'interprétation du traité. Même si la rédaction de la première question est peu heureuse, elle permet d'y voir une demande d'interprétation qui soit recevable et que la Cour peut dégager sans difficulté des faits présentés et peut examiner d'après l'article 177.

Sur le point 2

La seconde objection concerne la question de savoir si la solution du problème posé en droit communautaire présente de l'importance pour la solution du procès national.

A mon avis, la Cour n'a en principe aucune compétence pour examiner cette question préalable. Comme le montre le texte de l'article 177, alinéa 2, qui doit aussi s'appliquer dans le cas du renvoi d'après l'alinéa 3 (« ... si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire... »), les tribunaux nationaux ont à cet égard une certaine liberté d'appréciation. Ils se font une idée de la solution du procès national et se demandent sur quel point leur processus d'idées en droit et en fait doit être complété à l'aide d'une interprétation du traité d'après l'article 177 qui ferait autorité. La Cour qui, en principe, ne doit pas appliquer le droit national, ne peut ni contrôler ni corriger les considérations qui se fondent sur le droit national, sous peine d'être accusée de dépasser les limites de sa compétence. Elle doit donc accepter le jugement que le juge national a porté sur les éléments de décision qui lui apparaissent nécessaires.

Il est vrai que, dans des cas exceptionnels, une autre solution peut jouer en cas de faute manifeste d'appréciation (par exemple, en cas de faute contre les lois de la logique, d'erreur dans l'application des principes généraux du droit ou encore de méconnaiss-

sance de questions juridiques nationales résolues de façon claire, ce qui ferait apparaître la procédure de renvoi comme un abus de procédure).

En ce qui concerne notre cas concret, il ne faut pas oublier qu'après une réponse positive à la première question il s'en pose une seconde. Il est possible que son examen amène une interprétation de l'article 12 selon laquelle il n'existerait pas de conflit entre le traité C.E.E. et le protocole de Bruxelles, parce que l'article 12 permettrait des dérogations dans certains cas spéciaux. En outre, nous ne pouvons pas apprécier l'importance que le juge néerlandais attacherait à un conflit éventuellement existant et comment il le trancherait. Pour tous ces motifs, il n'est pas possible de nier l'importance de l'interprétation demandée pour la solution du procès national et de refuser ainsi de répondre à la première question.

Comme la première question ne soulève manifestement pas d'autres problèmes dans le cadre de la recevabilité, la Cour peut passer à l'examen de la question de fond.

2. Examen de la première question

Nous avons déjà mentionné que la question n'a pas été rédigée de façon heureuse. Mais son sens apparaît clair lorsqu'on la voit à la lumière du droit constitutionnel néerlandais.

D'après son interprétation par la jurisprudence, l'article 66 de la Constitution néerlandaise donne aux conventions internationales la primauté sur le droit national lorsque les clauses des conventions ont un effet général obligatoire, c'est-à-dire lorsqu'elles sont directement applicables (« self executing »). La question est donc de savoir si le traité C.E.E. permet de déduire ce caractère juridique de l'article 12 ou si ce dernier ne contient que l'obligation des États membres de ne pas prendre de règles de droit en sens contraire, obligation dont la violation n'entraînerait pas l'inapplicabilité du droit national.

Les opinions énoncées au cours de la procédure ne sont pas unanimes. La partie plaignante dans le procès néerlandais et la Commission de la C.E.E. soutiennent que l'article 12 a un effet interne direct dont le sens est que les administrations et tribunaux des États membres doivent le respecter directement. Selon cette opinion, la première question devrait recevoir une réponse affirmative. Les gouvernements néerlandais, belge et allemand par contre ne voient dans l'article 12 qu'une obligation pour les États membres.

Dans ses observations écrites et au cours des débats oraux, la Commission a tenté de fonder sa conception en présentant une vaste analyse sur la structure de la Communauté. De manière très impressionnante, elle a exposé que, par comparaison avec le droit international conventionnel et la pratique juridique générale interétatique, les traités européens constituent une innovation profonde et qu'il serait faux de ne les examiner qu'à la lueur des principes généraux du droit des gens.

C'est à juste titre que ces constatations ont été faites dans une procédure qui pose la question de principe des rapports entre droit communautaire et droit interne.

Celui qui est familier avec le droit de la Communauté sait qu'en fait il ne s'épuise pas dans des rapports contractuels entre plusieurs États en tant que sujets du droit des gens. La Communauté a ses propres institutions, indépendantes des États membres, dotées du pouvoir de prendre des actes administratifs et d'énoncer des règles juridiques qui créent directement des droits et des obligations non seulement pour les États membres et leurs administrations, mais aussi pour les ressortissants des États membres. Nous le déduisons clairement des articles 187, 189, 191 et 192 du traité.

Le traité C.E.E. contient en outre des dispositions dont il est certain qu'elles sont destinées à agir directement sur le droit national et à le modifier ou à le compléter. Que l'on pense aux dispositions des articles 85 et 86 en matière de concurrence (interdiction de certaines ententes, interdiction de l'usage abusif d'une

position dominante sur le marché commun), à l'application des règles sur la concurrence par les administrations des États membres (article 88), ainsi qu'à l'obligation des instances nationales de collaborer avec les institutions communautaires en matière de jurisprudence et d'exécution forcée (articles 177 et 192 du traité; articles 26 et 27 du statut de la Cour). A cet égard, on peut aussi indiquer des dispositions qui seront de nature à avoir des effets directs dans un stade ultérieur, par exemple, les dispositions du titre consacré à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux (articles 48 et 60).

Mais d'un autre côté il ne faut pas oublier qu'un grand nombre de dispositions du traité parlent en toutes lettres des *obligations* des États membres.

Citons, dans la première partie relative aux principes de la Communauté, l'article 5 avec l'ordre adressé aux États membres de prendre toutes les mesures appropriées pour exécuter les *obligations* découlant du traité, ou l'article 8 qui prévoit la constatation que les objectifs fixés pour la première étape ont été atteints et que certaines *obligations* ont été respectées. Dans le titre relatif à la libre circulation des marchandises, on peut mentionner l'article 11 (obligations en matière de droits de douane) et l'article 37 (obligations en ce qui concerne les monopoles commerciaux d'État). Enfin, nous indiquerons encore, sans prétendre être complet, l'article 106 dans lequel les États membres s'engagent à autoriser des paiements dans une monnaie déterminée.

La terminologie nuancée du traité et le contenu matériel et le contexte permettent sûrement de considérer que ces règles ne concernent en fait qu'une obligation des États membres.

En outre, nous trouvons toute une série de dispositions qui, bien que rédigées sous une forme de *déclaration*, ne visent manifestement, d'après leur contenu et leur contexte, que des obligations des États membres et non pas des effets juridiques internes directs.

Il s'agit des dispositions sur l'abolition des droits à l'importation, la suppression des droits à l'exportation, la baisse des droits de douane à caractère fiscal (articles 13, 16, 17), sur l'intro-

duction progressive du tarif douanier commun (article 23), sur la suppression des contingents d'importation (article 32), sur la transformation des contingents bilatéraux en contingents globaux et sur l'augmentation de ces derniers (article 33), sur la transformation des monopoles commerciaux d'État (article 37), sur l'abrogation progressive des limitations à la liberté d'établissement (article 52), sur l'élimination des restrictions aux mouvements de capitaux (article 67) et sur l'élimination des discriminations dans le trafic (article 79).

Par comparaison, il est relativement rare de rencontrer dans la terminologie du traité les termes d'« interdiction » ou d'« interdit », comme par exemple aux articles 7, 9, 30, 34, 80, 85 et 86. Et même, dans un certain nombre de ces prescriptions, surtout lorsqu'elles ne s'adressent pas aux ressortissants, le texte ou le contexte fait nettement ressortir, par renvoi à des réglementations à prendre ultérieurement ou à d'autres règlements d'exécution, qu'un effet juridique direct ne peut en résulter (articles 9, 30 et 34).

267

Ce qui est remarquable, c'est que, même dans les dispositions qui contiennent la formule « incompatible avec le marché commun » (article 92 pour les aides accordées par les États), il n'est pas possible de penser à une application directe, car, d'après l'article 93, lorsque la Commission constate l'incompatibilité avec le traité de telles réglementations sur ces aides, elle a le pouvoir de décider que l'État en cause doit les *supprimer* ou les *modifier* dans un délai donné.

Cette analyse nous permet de dégager une première conséquence : c'est que de vastes passages du traité ne contiennent certainement que des obligations pour les États membres et non pas des règles ayant un effet interne direct.

C'est en conformité avec ce système que, dans le cadre de la juridiction supranationale, la répression des infractions au traité a été organisée. D'après l'article 169, la Commission assigne à l'État membre qui n'exécute pas ses obligations découlant du traité un délai au cours duquel il peut se *conformer* à l'avis de la

Commission. Selon l'article 171, cet État doit *prendre les mesures* que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour. Si, dans le droit de la Communauté, les rédacteurs du traité avaient conçu comme règle générale le principe de l'application directe des règles du traité dans le sens d'une prééminence par rapport au droit national, la procédure de sanction pourrait se borner à constater la nullité des mesures contraires au traité. La règle de l'article 171 tout au moins, si ce n'est même aussi la fixation du délai prévu à l'article 169, serait superflue.

Si nous réfléchissons à la place que peut avoir l'article 12 dans ce système, dans cette échelle de possibilités juridiques, il convient de commencer par se remettre son texte dans l'esprit. Le voici :

« Les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles. »

Il nous semble sûr que la forme choisie, ce que d'ailleurs personne ne met en doute, n'exclut pas plus l'idée d'une obligation juridique que d'autres articles du traité qui ont recours à la même formule. Lui donner un rang juridique inférieur ne correspondrait pas à la signification de l'article 12 dans le cadre du traité. En outre, nous estimons que la possibilité d'exécution de l'obligation ne dépend pas d'autres actes juridiques des institutions de la Communauté, ce qui nous permet, dans un certain sens, de parler d'effets juridiques directs de l'article 12.

Cependant, l'élément décisif dans la question de la Tarief-commissie est de savoir si cet effet se termine chez les gouvernements des États membres ou s'il doit pénétrer dans le domaine juridique national pour y provoquer une application directe par les administrations et tribunaux. C'est ici que commencent les véritables difficultés d'interprétation.

Ce qu'il faut tout d'abord remarquer, c'est que les États membres y sont désignés comme destinataires, tout comme dans d'autres dispositions qui, manifestement, n'ont pour but que des obligations des États (articles 13, 14, 16, 17, etc.). Les États

membres s'abstiendront d'introduire de nouveaux droits de douane ou n'augmenteront pas ceux qui sont appliqués. Il faut en déduire que l'article 12 n'envisage pas la pratique administrative, c'est-à-dire le comportement des administrations nationales.

Mais, indépendamment de la désignation du destinataire, l'article 12 fait penser à la rédaction d'autres dispositions dont il me semble certain qu'elles ne créent que des obligations des États membres, car elles parlent expressément d'obligations, même si ce n'est que dans des alinéas ultérieurs (voir notamment les articles 31 et 37).

Ici il conviendrait en outre de mentionner l'article 95 qui décide qu'aucun État membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres États membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires, pour continuer ainsi dans son alinéa 3 : « les États membres *éliminent ou corrigent*, au plus tard au début de la deuxième étape, les dispositions existant à l'entrée en vigueur du présent traité qui sont contraires aux règles ci-dessus. »

Il faut remarquer en outre dans la formule de l'article 12 qu'elle n'utilise pas des termes tels que « interdiction », « interdit » « incompatible », « sans effet », qu'on retrouve dans d'autres dispositions du traité. C'est précisément lorsqu'une disposition est destinée à être directement appliquée, c'est-à-dire à l'être par les administrations des États membres, qu'il est impossible de renoncer à une indication précise des effets juridiques envisagés.

Mais il faut avant tout se demander si, *par son contenu*, l'article 12 paraît de nature à être appliqué directement. Il est à souligner que, tout au moins dans le stade actuel, les États membres conservent encore dans une grande mesure des pouvoirs législatifs en matière douanière. Dans certains États membres, ils aboutissent à des lois formelles. L'application directe de l'article 12 prendrait donc souvent le sens d'un contrôle des actes législatifs par les administrations et les tribunaux des États membres à l'aide des dispositions de l'article 12.

Si l'on examine l'objet de cette disposition, il apparaît qu'en dépit de la première apparence elle a une nature très complexe. Une application directe qui ne soulèverait pas de problèmes ne paraît donc guère possible.

L'article 12 s'applique entre autres aux taxes d'effet équivalent. Nous avons vu récemment dans un autre procès les difficultés que pouvait amener la délimitation exacte de cette notion. De plus, l'article 12 vise les droits de douane ou taxes d'effet équivalent *appliqués* à un moment donné. Dans la pratique de notre Cour, nous avons appris que même le terme « appliqué » peut causer des difficultés sérieuses d'application. Enfin, ce procès lui-même montre combien peut soulever de problèmes la constatation d'une augmentation des tarifs appliqués lorsqu'elle tient à une modification de la nomenclature tarifaire.

Ces difficultés apparaissent encore plus nettement lorsqu'on pense qu'en matière de législation douanière les États ne sont pas seulement soumis à une obligation de ne pas faire. D'après le traité, ils sont tenus d'adapter constamment leur réglementation douanière à l'évolution du marché commun. Or, si le système douanier se modifie continuellement, le contrôle du respect de la clause supplémentaire de standstill de l'article 12 n'est sûrement pas facile.

Nous comprenons difficilement comment, vu ce fait, la Commission peut espérer que l'application directe de l'article 12 augmentera la sécurité juridique.

Peut-on réellement supposer que les entreprises se basent, sur le plan commercial, sur une certaine interprétation, une certaine application des dispositions du traité, ou bien ne se fonderont-elles pas plus sûrement sur les dispositions douanières nationales positives?

A elles seules, ces considérations donnent déjà assez de motifs pour se prononcer contre l'application interne directe de l'article 12. Mais il faut encore ajouter ceci :

La situation de droit constitutionnel dans les États membres et plus particulièrement l'appréciation des rapports entre droit supranational ou international et législation nationale ultérieure sont loin d'être uniformes.

Si l'on reconnaissait à l'article 12 un effet interne direct, il en résulterait cette situation que, dans une partie des États membres seulement, des infractions à l'article 12 entraîneraient la nullité et la non-applicabilité de la réglementation douanière nationale. Cela nous paraît être le cas aux Pays-Bas, dont la Constitution (article 66) donne aux conventions internationales, avec des règles générales obligatoires et directement applicables, un rang supérieur aux lois nationales, au Luxembourg [où la jurisprudence, en l'absence de disposition explicite de la Constitution, en est arrivée en gros au même résultat ⁽¹⁾] et peut-être en France [peut-être, parce que l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 n'est pas très net au sujet des lois postérieures et contient en outre une réserve de réciprocité ⁽²⁾].

D'un autre côté, il est certain que la Constitution belge ne contient pas de dispositions sur la force juridique des traités internationaux par rapport au droit national. Ils semblent avoir en jurisprudence le même rang que le droit national.

De même, le texte de la Constitution italienne ne contient aucune disposition permettant d'en déduire que les traités internationaux ont la suprématie sur le droit national. Jurisprudence et doctrine dominante ne donnent pas aux traités un rang supérieur, tout au moins par rapport aux lois nationales ultérieures.

Enfin, en ce qui concerne le droit constitutionnel allemand, l'article 24 de la loi fondamentale décide que la Fédération peut déléguer par mesure législative des droits de souveraineté à des institutions internationales. L'article 25 dispose que les règles

⁽¹⁾ Pescatore : « L'autorité en droit interne des traités internationaux » ; *Pasicrisie luxembourgeoise*, 1962, p. 99 et s.

⁽²⁾ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

générales du droit des gens font partie intégrante du droit fédéral, qu'elles ont priorité sur les lois et qu'elles produisent directement des droits et obligations pour les habitants du territoire fédéral. Cependant, la jurisprudence n'en déduit pas, contrairement à certains auteurs, une prééminence des traités internationaux sur les lois nationales promulguées ultérieurement ⁽¹⁾.

Les auteurs du traité avaient cette situation du droit constitutionnel sous les yeux lorsqu'ils ont rédigé les textes juridiques communautaires. A notre avis, elle fait apparaître comme douteux que, en ce qui concerne cette disposition très importante pour la législation douanière, les auteurs aient pu vouloir admettre les conséquences d'une évolution inégale du droit, qui tiennent au principe de l'application directe, alors qu'elles ne sont pas en harmonie avec un objectif essentiel de la Communauté.

Mais une évolution uniforme du droit ne serait pas non plus garantie dans les États dont le droit constitutionnel donne aux conventions internationales la primauté sur le droit national.

Le traité ne connaît pas d'instrument sûr pour écarter ce risque. L'article 177 ne prévoit qu'un droit de renvoi à titre préjudiciel et une obligation de le faire lorsqu'il s'agit d'une question d'*interprétation* du traité et non pas du problème de la *compatibilité* du droit national avec le droit communautaire. On pourrait donc penser que des tribunaux nationaux omettent de procéder à un renvoi à titre préjudiciel à la Cour parce qu'ils ne voient pas de difficultés d'interprétation, mais qu'ils en viennent à des résultats différents dans leur interprétation propre du traité. De cette manière, il pourrait se produire des divergences dans l'application du droit entre les tribunaux des différents États ainsi qu'entre les tribunaux d'un seul et même État.

Après tous ces examens, qui s'appuient sur une vue de l'ensemble du système du traité, sur le texte, le fond et le contexte

⁽¹⁾ Gerhard Bebr : « The Relationship between Community Law and the Law of the Member States » (Restrictive Practices, Patents, Trade Marks and Unfair Competition in the Common Market).

de la disposition à interpréter, nous en venons à cette conclusion que l'article 12 doit être qualifié juridiquement de la même manière que les autres règles sur l'union douanière. Pour toutes, l'article 11 a une signification de principe lorsqu'il parle en termes explicites d'« obligations... en matière de droits de douane », ce qui exclut un effet interne direct au sens de la première question. Notre conviction est donc que la question n° 1 de la Tariefcommissie doit recevoir une réponse négative.

III — SECONDE QUESTION

Cette proposition signifie que la seconde question du renvoi ne doit pas être traitée dans votre arrêt ni dans ses conclusions. Le tribunal qui saisit la Cour a posé expressément cette question de façon subsidiaire pour le cas où la Cour déciderait que le juge national doit appliquer directement l'article 12 du traité. Mais, même sans la réserve du juge qui saisit la Cour, la seconde question perd son importance après la réponse négative donnée à la première.

Cependant, nous savons bien que la tentative de solution des problèmes qui sont abordés dans ce litige peut amener des réponses dont le contenu présente des contradictions sensibles. Nous pensons là non seulement aux divergences dans les exposés des parties au procès, mais aussi à la multiplicité des opinions que nous rencontrons sur le problème posé par ce procès dans la théorie et dans la pratique du droit public et du droit des gens. Pour ces motifs, nous soumettrons la seconde question de la Tariefcommissie à un examen subsidiaire dans lequel nous partirons de l'hypothèse où, sur la première question, vous auriez répondu que l'article 12 lie le juge national.

Sur la seconde question, seuls le gouvernement néerlandais et le gouvernement belge, la Commission de la C.E.E. et la partie plaignante dans la procédure néerlandaise ont présenté des remarques personnelles.

1. *Recevabilité*

Tout comme pour la première question, le gouvernement belge et le gouvernement néerlandais ont commencé par soulever quelques problèmes de recevabilité. Ils font notamment valoir que :

- 1) La seconde question est irrecevable parce qu'elle concerne l'application du traité et non pas son interprétation;
- 2) La seconde question cherche à tourner la procédure des articles 169 et 170 du traité; les particuliers ne pourraient pas s'en prendre indirectement à l'attitude des États membres; il ne serait pas admissible de porter devant la Cour une prétendue violation du traité en se fondant sur l'article 177.

Sur le point 1

A la lecture du texte de la seconde question, on ne peut cacher l'impression que c'est une application du traité qui est attendue de la Cour.

L'article 177 du traité, pour autant qu'il présente de l'intérêt ici, ne parle que d'interprétation du traité. Par interprétation, on entend la définition du sens d'une disposition lorsque sens et objectif ne sont pas clairs d'après leur texte. Il faut en distinguer l'application d'une règle à un cas particulier, l'examen du point de savoir si certains faits peuvent être soumis à une disposition légale et l'appréciation des faits qui en résulte. Les limites entre interprétation et application sont parfois difficiles à distinguer, surtout lorsque l'interprétation se limite à un aspect particulier et lorsque le problème d'interprétation est clarifié par l'exposé des faits auquel procède le tribunal qui saisit la Cour, ce qui peut apparaître utile pour faciliter la tâche de celle-ci. Cependant, nous ne voudrions pas admettre que dans le cas d'espèce la demande du tribunal néerlandais tende à un examen de l'application du traité par la Cour. Nous pouvons renvoyer ici à la première procédure de renvoi (13-61), au cours de laquelle la Cour a constaté qu'il

était permis au tribunal national de formuler de manière concrète et simple l'objet des questions formant le renvoi (*Recueil*, VIII, p. 102).

Sur la base de l'ensemble du contenu de la décision de renvoi, la Cour a la possibilité de déduire la substance et le but de la question posée et d'y répondre de façon générale dans le cadre de ses compétences. En tout cas, nous resterons dans les limites de la compétence de la Cour et nous ne nous étendrons pas sur l'application du traité à un cas particulier. Il ne sera pas nécessaire de procéder à des constatations de fait à cette fin. Mais, contrairement à ce qu'admet le gouvernement néerlandais, elles ne seraient pas exclues dans une procédure de renvoi à titre préjudiciel (cf. article 103, § 2, du règlement de procédure, lequel renvoie aux articles 44 et suivants de ce même règlement). La seconde question n'est donc pas sûrement irrecevable dans son entier.

Sur le point 2

275

Les doutes relatifs au rapport entre la présente procédure et celle des articles 169 et 170 du traité, et au risque de tourner cette procédure, amènent à faire les remarques suivantes :

L'article 169 régleme la constatation judiciaire des violations du traité commises par les États membres. Elle peut être réclamée par la Commission lorsque l'État membre intéressé ne se conforme pas à cet avis de la Commission. L'article 170 prévoit une procédure analogue : elle est introduite par le recours d'un État membre, le cas échéant sans avis préalable de la Commission.

Dans le cas d'espèce, si la Cour traite la seconde question dans les limites de sa compétence, elle n'a qu'à donner une interprétation générale de l'article 12, de son sens et de son but, en laissant au juge national les conclusions à en tirer. Le dispositif et les attendus n'ont pas à dire un mot sur le comportement d'un État membre et l'arrêt n'a pas à constater si cette attitude est compatible avec le traité ou si elle en constitue une violation.

La Cour n'a donc pas à porter une appréciation qui est réservée à la procédure des articles 169 et 170.

Si l'on voulait soutenir que les articles 169 et 170 entendent exclure que des tribunaux *nationaux* constatent que certaines mesures d'un État membre dont ils relèvent seraient nulles en raison d'une infraction aux règles du traité, on contesterait ainsi l'existence de règles du traité qui peuvent être appliquées directement par les tribunaux nationaux. En effet, une applicabilité directe doit avoir pour résultat que les règles pourvues de cette qualité puissent déployer leurs effets sans restriction et même, le cas échéant, à l'encontre d'un droit national en sens contraire. Elle fait défaut lorsqu'une constatation préalable de notre Cour est nécessaire.

Les articles 169 et 170, devons-nous conclure, concernent en premier lieu les cas où une règle du traité n'est pas applicable directement, mais contient simplement un ordre à l'adresse des États membres. Ici, sur un plan juridique et logique, il y a place pour une procédure de contrainte, c'est-à-dire pour une procédure dont le but est de modifier la situation juridique, mais non pas dans le cas d'une situation de conflit, dans laquelle le droit de la Communauté, en vertu de son applicabilité directe, s'imposerait de lui-même face au droit national.

Comme la seconde question n'a été posée que pour le cas d'une réponse affirmative à la première, c'est-à-dire en admettant que l'article 12 a un effet direct interne, on ne peut donc pas voir dans votre réponse un moyen pour la Cour de tourner illégalement l'article 169.

Nous ne voyons pas d'autre problème dans le cadre de la recevabilité. Nous pouvons donc aussitôt en venir à l'examen proprement dit de la seconde question.

2. Examen de la seconde question

Compte tenu des remarques sur la recevabilité, elle doit être comprise en ce sens que seuls de purs problèmes d'interprétation sont à considérer.

D'après l'exposé fait par le tribunal néerlandais, cela veut dire que la Cour doit définir les critères permettant de savoir s'il y a une augmentation des droits de douane importante d'après l'article 12. En partant du texte de l'article 12, il s'agit avant tout, pour le procès néerlandais, d'une interprétation des termes « appliqué » et « augmenter ».

Dans ses observations écrites, la Commission s'est efforcée d'établir un ordre systématique pour les nombreuses questions secondaires en lesquelles la seconde question peut se décomposer.

En ce qui concerne l'interdiction d'augmenter les droits à l'importation, on peut apercevoir les problèmes particuliers suivants :

- 1) L'interdiction est-elle valable pour chaque produit en particulier, ou se porte-t-elle sur le niveau général des droits à l'importation?
- 2) L'interdiction est-elle absolue, ou permet-elle certaines exceptions qui résultent, d'après son sens et son objectif, de l'article 12 lui-même ou de ses rapports avec d'autres dispositions du traité?

Le terme « appliqué » amène également quelques questions secondaires :

- 1) S'agit-il de savoir quels sont les taux qui sont appliqués en fait dans la pratique douanière?
- 2) Faut-il tenir compte d'une pratique douanière qui a été provoquée par de fausses déclarations en douane?
- 3) Comment faut-il apprécier dans la pratique douanière les décisions de la Tariefcommissie?
- 4) Faut-il se placer au point de vue de la pratique douanière des Pays-Bas ou à celui des pays du Benelux en général?

Pour le premier ensemble de problèmes, la Commission souligne tout d'abord, ce que d'ailleurs aucune des parties n'a mis en doute, que l'interdiction de l'article 12 est valable pour chaque produit. Le texte ne donne aucun indice du contraire; notamment, l'utili-

sation du pluriel (droits de douane) est éloquent. De même, on peut déduire des autres dispositions douanières de ce chapitre qu'elles sont applicables pour chaque produit (article 14), sauf s'il est fait mention expresse d'un calcul d'ensemble pour les mesures douanières (perception douanière totale, article 14).

En outre, on ne peut nier que l'article 12 a un effet absolu qui ne tolère aucune exception. Sa fonction correspond, en matière de droits de douane, à celle de l'article 31 pour les restrictions quantitatives. Dans l'arrêt 7-61, la Cour s'est prononcée sur l'article 31 et elle a constaté avec force son effet absolu qui ne tolère aucune exception.

La Commission, et nous estimons que c'est à bon droit, en tire la conséquence que même les difficultés que peut entraîner le remaniement de la nomenclature tarifaire ne donnent en principe aucune possibilité de s'écarter de l'interdiction de l'article 12. La Commission fait remarquer que, dès avant la conclusion du traité, les États membres se sont occupés des problèmes de la transposition des tarifs douaniers dans la nomenclature de Bruxelles. Ils ont donc été conscients de ses difficultés. Si, cependant, ils ont omis d'énoncer dans l'article 12 une réserve à cet effet, on ne peut y voir qu'un indice de l'effet absolu de cet article.

Comme cela résulte du texte de la convention de Bruxelles sur la nomenclature pour la classification des marchandises dans les tarifs douaniers (du 15 décembre 1950), les parties contractantes ont la possibilité, à l'intérieur des positions de la nomenclature tarifaire, de créer des sous-positions pour y classer des produits et pour maintenir ainsi une différenciation des tarifs douaniers. La nomenclature de Bruxelles n'entraîne donc pas nécessairement comme conséquence la suppression de certains droits de douane.

Les États membres de la C.E.E. peuvent en outre éliminer certaines difficultés provenant du remaniement de la nomenclature en réduisant leurs droits de douane intercommunautaires pour certaines positions au-dessous de la mesure prescrite par le traité, en évitant ainsi de violer la règle de l'article 12.

Si l'on pouvait s'imaginer que dans certains cas il subsiste cependant des difficultés insurmontables, nous devrions remarquer que les explications générales, peu étoffées, des gouvernements néerlandais et belge intéressés ne laissent pas apparaître l'existence de ces difficultés. De plus, leur force de persuasion est atténuée par les déclarations du secrétaire d'État néerlandais aux finances dans le débat parlementaire sur le protocole Benelux ⁽¹⁾ qui font apercevoir qu'il existait déjà, pour le produit en cause ici, d'après l'ancienne loi douanière de 1947, certaines difficultés de technique administrative douanière qui tenaient à la détermination exacte de la composition de ce produit et de ses possibilités d'emploi. On pourrait en tirer l'impression que les difficultés tenant à la transposition de la nomenclature des droits de douane n'ont pas été déterminantes pour le traitement prévu par le protocole de Bruxelles.

Mais en fin de compte nous pouvons passer sous silence ces questions de fait. Nous constatons simplement qu'il n'est pas possible de reconnaître l'existence d'une possibilité juridique de déroger à l'interdiction absolue de l'article 12 pour les besoins de la modification de la nomenclature douanière, tout au moins en ce qui concerne les données de l'espèce.

De même, l'article 233, qui décide explicitement que le traité C.E.E. ne s'oppose pas à l'existence et à l'accomplissement des unions régionales entre la Belgique et le Luxembourg ainsi qu'entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, ne permet pas d'assouplir la clause de standstill de l'article 12. Comme le fait apparaître l'adjonction des mots « dans la mesure où les objectifs de ces unions régionales ne sont pas atteints en application du présent traité », l'idée principale de cette disposition est de permettre aux États du Benelux d'accélérer et d'intensifier l'intégration régionale indépendamment du traité. Mais elle ne peut pas servir à justifier une violation des dispositions fondamentales élémentaires du droit de la Communauté qui ont été imposées également à tous les États membres et qui peuvent être respectées sans mettre en question

(1) Annexe IV de la demande.

les objectifs de l'union régionale qui connaissait un tarif extérieur commun dès avant l'entrée en vigueur du traité C.E.E.

La notion de « droit de douane appliqué » est au centre du second ensemble de questions.

Ici aussi nous pouvons commencer par renvoyer à un arrêt de la Cour. Dans l'affaire 10-61, elle a constaté que, pour l'article 12 comme pour l'article 14, c'est le droit de douane effectivement appliqué et non le droit légalement applicable qui constitue l'élément décisif. Cette conception s'appuie sur la constatation qu'il serait difficile pour la Cour de contrôler le droit national (la légalité de la pratique douanière existante) ainsi que sur le fait que la différence entre tarif « légalement applicable » et « tarif appliqué en fait » est courante dans le traité, comme le montre l'article 19.

Nous ne voyons aucune raison de mettre en question le principe de cette décision. Mais dans ce procès il existe encore certains aspects particuliers du problème qui méritent de retenir l'attention.

Il a été exposé que, dans certains cas, un droit de douane de 3 % seulement a été appliqué à des produits du genre de ceux qui ont fait l'objet de la décision douanière litigieuse, sur la base de fausses déclarations en douane. Ces cas ne présentent aucune difficulté. Il nous semble évident qu'une telle pratique ne doit en aucun cas être prise en considération, même s'il est établi qu'il ne faut pas s'en tenir aux droits de douane légalement applicables mais à la pratique de fait, car la *ratio legis*, selon laquelle c'est la pratique de l'administration des douanes qui est décisive pour les mesures commerciales, n'exige pas la protection des personnes dont le comportement est à l'origine de l'application incorrecte du tarif douanier. De fausses déclarations en douane ne peuvent donc jamais fonder une pratique déterminante pour le régime douanier du traité.

Il a été soulevé en outre la question de l'importance des décisions de la Tariefcommissie prises après l'entrée en vigueur du traité et qui ont déclaré applicable aux produits en cause dans l'espèce un droit de douane de 3 % et non pas de 10 % et qui ont donc considéré comme illégale la pratique du fisc néerlandais.

Pour éclaircir le problème, la Cour s'est fait remettre des explications écrites par les parties à la procédure orale. Comme leur contenu ne laisse aucun doute, rien ne s'oppose à leur utilisation dans la présente affaire. Voici l'image qu'ils nous donnent :

D'après les explications de la requérante, dans le procès néerlandais, l'importation d'urée-formaldéhyde pure (donc du produit en cause ici) a été frappée d'un droit de douane de 3 % jusqu'à septembre 1956. A partir de cette date, l'administration des douanes a perçu un droit de 10 % sur ce même produit. La première modification de la pratique douanière a amené la requérante à engager un procès administratif qui a entraîné le 6 mai 1958 la décision ci-dessus mentionnée de la Tariefcommissie. Cette décision a eu pour conséquence que, pour les importations postérieures à septembre 1956, le droit de douane plus élevé qui avait été versé a été remboursé en partie, si bien que la charge est restée au chiffre de 3 %. Elle a entraîné cette autre conséquence que jusqu'en septembre 1959 c'est un taux de 3 % qui a été appliqué. A cette date, il s'est produit une nouvelle modification de la pratique douanière, caractérisée par l'application d'un taux de 10 %, d'où un nouveau recours administratif. Le 2 mai 1960, la Tariefcommissie a rendu une seconde décision dont le contenu était identique à celle du 6 mai 1958. Elle a eu pour effet le remboursement partiel du droit versé pour les importations faites entre septembre 1959 et le 1^{er} mars 1960 (entrée en vigueur du nouveau tarif douanier).

Si toutes ces indications sont exactes, et il n'y a aucune raison d'en douter, il faut constater que toutes les importations d'urée-formaldéhyde faites par la requérante et qui, d'après ses propres indications, auraient constitué la plus grande part de cette sorte d'importations aux Pays-Bas, ont été soumises provisoirement à un droit de 10 %, mais qu'à la suite de décisions judiciaires il a été procédé à une rectification qui a ramené en fait jusqu'au 1^{er} mars 1960 la charge douanière à 3 %.

Il faut maintenant se demander si, par application des principes énoncés dans son arrêt 10-61, la Cour ne peut tenir compte

que de la pratique douanière qui a existé en fait jusqu'au 1^{er} janvier 1958. A notre avis, ce n'est pas le cas. En effet, on ne peut pas oublier que si le rôle de la pratique douanière est mis en vedette, c'est avant tout parce que la Cour ne voulait pas procéder au contrôle de la légalité de la pratique effective.

En l'espèce, la situation a été clarifiée sur le plan judiciaire par une instance *nationale* et cela peu de temps après l'entrée en vigueur du traité. L'occasion en a été un recours qui a été introduit plusieurs mois avant l'entrée en vigueur du traité et dont le résultat final a été une rectification rétroactive à la date du 1^{er} janvier 1958 au profit des milieux économiques intéressés.

Ainsi apparaît une différence de fait que nous ne pouvons pas négliger. Le but essentiel de la règle de standstill de l'article 12 est d'empêcher une aggravation des difficultés du commerce entre les États membres. Cette règle se base sur la pratique, parce que, coutumièrement, les relations économiques se règlent en fonction de la pratique administrative. Dans notre cas, la pratique douanière a donné lieu assez longtemps à des contestations. Mais le conflit s'est soldé à l'avantage des importateurs. La rectification de la pratique sur la base de la situation juridique n'a donc pu apporter aucun préjudice à la pratique commerciale.

Si donc, dans le cas de l'application de l'article 12, il est tenu compte d'une modification rétroactive de la pratique douanière provoquée par un jugement peu de temps après l'entrée en vigueur du traité, on ne peut y voir une violation de la règle de standstill, mais une application qui répond à l'esprit général du traité.

Enfin, il s'est encore posé la question de savoir quelle est la pratique douanière qu'il faut considérer comme déterminante, celle des Pays-Bas ou bien celle qui régissait l'ensemble des États du Benelux au 1^{er} janvier 1958. Pour la solution de cette question, il est possible, à notre avis, de passer sous silence le problème de savoir si, dans l'union douanière des États du Benelux, il existait, quant au tarif extérieur commun, un instrument pour garantir une pratique douanière uniforme. De même, on peut passer sous

silence le point de savoir si, en dehors des Pays-Bas, il existait une pratique dans les États du Benelux pour le produit en question et, le cas échéant, si elle a évolué dans un sens différent, ou bien si les importations sont restées limitées aux Pays-Bas. En effet, croyons-nous, il ne nous reste aucune liberté dans l'appréciation juridique. A la différence de l'article 19, qui parle de quatre zones douanières et qui englobe donc la zone Benelux, l'article 12 parle des *États membres*. Nous devons en tirer la conclusion que pour la règle de standstill de l'article 12, qui envisage d'ailleurs la *pratique* douanière et non la *situation juridique*, la situation de fait dans chaque État membre est déterminante. Chacun des États membres du traité doit répondre envers tous ses partenaires et les institutions de la Communauté de l'exécution du traité.

A notre avis, dans le cadre de l'article 177, la Cour ne peut donner sur cette seconde question plus que ces directives d'interprétation. Mais elles sont aussi suffisantes pour permettre au juge néerlandais d'appliquer correctement à son cas d'espèce les dispositions du traité, sous réserve qu'il ait à envisager l'application directe de l'article 12.

Pour nous résumer, nous pouvons constater ceci pour la seconde question :

L'article 12 a un effet absolu pour chaque produit en particulier; il ne tolère d'exception ni pour supprimer les difficultés que comporte le remaniement de la nomenclature, ni au profit d'unions régionales à l'intérieur de la Communauté. La question de savoir si l'introduction d'un nouveau tarif douanier entraîne des relèvements de droits doit être résolue d'après le tarif douanier appliqué en fait pour chaque produit à la date du 1^{er} janvier 1958. La pratique douanière déterminante doit être recherchée sans tenir compte des cas de fausses déclarations en douane. Par contre, il faut tenir compte des rectifications obligatoires de la pratique douanière qui se sont produites aux Pays-Bas peu de temps après l'entrée en vigueur du traité, à la suite de décisions d'un tribunal administratif. Enfin, la pratique douanière dans chaque État membre est déterminante.

IV — CONCLUSION

Nous proposons à la Cour de limiter l'arrêt à la première question et de préciser que l'article 12 ne contient qu'une obligation pour les États membres.

ANNEX

CASE 26/62

VAN GEND EN LOOS



JUDGMENT OF THE COURT
5 FEBRUARY 1963¹

Reference for a preliminary ruling under Article 177 of the EEC Treaty made by the Tariefcommissie, Amsterdam, on 16 August 1962 in the proceedings between

N.V. Algemene Transport— en Expeditie Onderneming
van Gend & Loos

and

Nederlandse administratie der belastingen (Netherlands Inland
Revenue Administration)²

Case 26/62

Summary

1. Procedure — Preliminary ruling — Jurisdiction of the Court — Foundation — Interpretation of the Treaty
(EEC Treaty, subparagraph (a) of the first paragraph of Article 177)
 2. Procedure — Preliminary ruling — Question — Choice — Relevance
(EEC Treaty, subparagraph (a) of the first paragraph of Article 177)
 3. EEC Community—Nature—Subjects having rights and obligations—Individuals
 4. Member States of the EEC—Obligations—Failure to fulfil obligation—National courts or tribunals—Rights of individuals
(EEC Treaty, Articles 169, 170)
 5. Customs duties — Increase — Prohibition — Direct effects — Individual rights — Protection
(EEC Treaty, Article 12)
 6. Customs duties—Increase—Finding—Duties applied—Concepts
(EEC Treaty, Article 12)
 7. Customs duties—Increase—Concepts
(EEC Treaty, Article 12)
1. In order to confer jurisdiction on the Court to give a preliminary ruling it is necessary only that the question raised should clearly be concerned with the interpretation of the Treaty.
2. The considerations which may have led a national court to its choice of questions as well as the relevance which it attributes to such questions in the context of a case before it are

¹ — Language of the Case: Dutch.
² — CMLR.

excluded from review by the Court when hearing an application for a preliminary ruling.¹

3. 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.
4. The fact that Articles 169 and 170 of the EEC Treaty enable the Commission and the Member States to bring before the Court a State which has not fulfilled its obligations does not deprive individuals of the right to plead the same obligations, should

the occasion arise, before a national court.

5. According to the spirit, the general scheme and the wording of the EEC Treaty, Article 12 must be interpreted as producing direct effects and creating individual rights which national courts must protect.
6. It follows from the wording and the general scheme of Article 12 of the Treaty that, in order to ascertain whether customs duties and charges having equivalent effect have been increased contrary to the prohibition contained in the said Article, regard must be had to the customs duties and charges actually applied by Member States at the date of the entry into force of the Treaty.²
7. Where, after the entry into force of the Treaty, the same product is charged with a higher rate of duty, irrespective of whether this increase arises from an actual increase of the rate of customs duty or from a rearrangement of the tariff resulting in the classification of the product under a more highly taxed heading, such increase is illegal under Article 12 of the EEC Treaty.

In Case 26/62

Reference to the Court under subparagraph (a) of the first paragraph and under the third paragraph of Article 177 of the Treaty establishing the European Economic Community by the Tariefcommissie, a Netherlands administrative tribunal having final jurisdiction in revenue cases, for a preliminary ruling in the action pending before that court between

N.V. ALGEMENE TRANSPORT- EN EXPEDITIE ONDERNEMING VAN GEND & LOOS, having its registered office at Utrecht, represented by H.G. Stibbe and L.F.D. ter Kuile, both Advocates of Amsterdam, with an address for

¹ — Cf. Paragraph No 4 of Summary of Judgment in Case 13/61, Rec. 1962., p. 94.

² — Cf. Paragraph No 1 of Summary of Judgment in Case 10/61, Rec. 1962., p. 5.

service in Luxembourg at the Consulate-General of the Kingdom of the Netherlands

and

NEDERLANDSE ADMINISTRATIE DER BELASTINGEN (NETHERLANDS INLAND REVENUE ADMINISTRATION), represented by the Inspector of Customs and Excise at Zaandam, with an address for service in Luxembourg at the Netherlands Embassy,

on the following questions:

1. Whether Article 12 of the EEC Treaty has direct application within the territory of a Member State, in other words, whether nationals of such a State can, on the basis of the Article in question, lay claim to individual rights which the courts must protect;
2. In the event of an affirmative reply, whether the application of an import duty of 8% to the import into the Netherlands by the applicant in the main action of ureaformaldehyde originating in the Federal Republic of Germany represented an unlawful increase within the meaning of Article 12 of the EEC Treaty or whether it was in this case a reasonable alteration of the duty applicable before 1 March 1960, an alteration which, although amounting to an increase from the arithmetical point of view, is nevertheless not to be regarded as prohibited under the terms of Article 12;

289

THE COURT

composed of: A. M. Donner, President, L. Delvaux and R. Rossi (Presidents of Chambers), O. Riese, Ch. L. Hammes (Rapporteur), A. Trabucchi and R. Lecourt, Judges,

Advocate-General: K. Roemer
Registrar: A. Van Houtte

gives the following

JUDGMENT

Issues of fact and of law

I—Facts and procedure

The facts and the procedure may be summarized as follows:

1. On 9 September 1960 the company N. V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos (hereinafter called 'Van Gend & Loos'), according to a customs declaration of 8 September on form D.5061, imported into the Netherlands from the Federal Republic of Germany a quantity of ureaformaldehyde, described in the import document as 'Harnstoffharz (U.F. resin) 70, aqueous emulsion of ureaformaldehyde'.

2. On the date of importation, the product in question was classified in heading 39.01-a-1 of the tariff of import duties listed in the 'Tariefbesluit' which entered into force on 1 March 1960. The nomenclature of the 'Tariefbesluit' is taken from the protocol concluded between the Kingdom of Belgium, the Grand Duchy of Luxembourg and the Kingdom of the Netherlands at Brussels on 25 July 1958, ratified in the Netherlands by the Law of 16 December 1959.

3. The wording of heading 39.01-a-1 was as follows:

'Products of condensation, poly-condensation and poly-addition, whether modified or not, polymerized, or linear (phenoplasts, aminoplasts, alkyds, allylic polyesters and other non-saturated polyesters, silicones etc. . . .):

(a) Liquid or paste products, including emulsions, dispersions and solutions:

Duties applicable
gen. % spec. %

1. Aminoplasts
in aqueous
emulsions,
dispersions or
solutions 10% 8%

4. On this basis, the Dutch revenue authorities applied an *ad valorem* import duty of 8% to the importation in question.

5. On 20 September 1960 Van Gend & Loos lodged an objection with the Inspector of Customs and Excise at Zaandam against the application of this duty in the present case. The company put forward in particular the following arguments:

On 1 January 1958, the date on which the EEC Treaty entered into force, aminoplasts in emulsion were classified under heading 279-a-2 of the tariff in the 'Tariefbesluit' of 1947, and charged with an *ad valorem* import duty of 3%. In the 'Tariefbesluit' which entered into force on 1 March 1960, heading 279-a-2 was replaced by heading 39.01-a.

Instead of applying, in respect of intra-Community trade, an import duty of 3% uniformly to all products under the old heading 279-a-2, a sub-division was created: 39.01-a-1, which contained only aminoplasts in aqueous emulsions, dispersions or solutions, and in respect of which import duty was fixed at 8%. For the other products in heading 39.01-a, which also had been included in the old heading 279-a-2, the import duty of 3% applied on 1 January 1958 was maintained.

By thus increasing the import duty on the product in question after the entry

into force of the EEC Treaty, the Dutch Government infringed Article 12 of that Treaty, which provides that Member States shall refrain from introducing between themselves any new customs duties on imports or exports or any charges having equivalent effect, and from increasing those which they already apply in their trade with each other.

6. The objection of Van Gend & Loos was dismissed on 6 March 1961 by the Inspector of Customs and Excise at Zaandam on the ground of inadmissibility, because it was not directed against the actual application of the tariff but against the rate.

7. Van Gend & Loos appealed against this decision to the Tariefcommissie, Amsterdam, on 4 April 1961.

8. The case was heard by the Tariefcommissie on 21 May 1962. In support of its application for the annulment of the contested decision Van Gend & Loos put forward the arguments already submitted in its objection of 20 September 1960. The Nederlandse administratie der belastingen replied in particular that when the EEC Treaty entered into force the product in question was not charged under the heading 279-a-2 with a duty of only 3% but, because of its composition and intended application, was classified under heading 332 bis ('synthetic and other adhesives, not stated or included elsewhere') and charged with a duty of 10% so that there had not in fact been any increase.

9. The Tariefcommissie, without giving a formal decision on the question whether the product in question fell within heading 332 bis or heading 279-a-2 of the 1947 'Tariefbesluit', took the view that the arguments of the parties raised a question concerning the interpretation of the EEC Treaty. It therefore suspended the proceedings and, in conformity with the third paragraph of Article 177 of the Treaty, referred to the Court of Justice on 16

August 1962, for a preliminary ruling the two questions set out above.

10. The decision of the Tariefcommissie was notified on 23 August 1962 by the Registrar of the Court to the parties to the action, to the Member States and to the Commission of the EEC.

11. Pursuant to Article 20 of the Protocol on the Statute of the Court of Justice of the EEC written observations were submitted to the Court by the parties to the main action, by the Government of the Kingdom of Belgium, the Government of the Federal Republic of Germany, the Commission of the EEC and the Government of the Kingdom of the Netherlands.

12. At the public hearing the Court on 29 November 1962, the oral submissions of the plaintiff in the main action and of the Commission of the EEC were heard. At the same hearing questions were put to them by the Court. Written replies to these were supplied within the prescribed time.

13. The Advocate-General gave his reasoned oral opinion at the hearing on 12 December 1962, in which he proposed that the Court should in its judgment only answer the first question referred to it and hold that Article 12 of the EEC Treaty imposes a duty only on Member States.

II—Arguments and observations

The arguments contained in the observations submitted in accordance with the second paragraph of Article 20 of the Protocol on the Statute of the Court of Justice of the European Economic Community by the parties to the main action, the Member States and the Commission may be summarized as follows:

A—The first question Admissibility

The *Netherlands Government*, the

Belgian Government and the Nederlandse administratie der belastingen (which in its statement of case declared that it was in complete agreement with the observations submitted by the Netherlands Government) confirm that the main complaint of Van Gend & Loos against the Governments of the Benelux countries is that by the Brussels Protocol of 25 July 1958 they infringed Article 12 of the EEC Treaty by increasing after its entry into force a customs duty applied in their trade with other Member States of the Communities.

The *Netherlands Government* disputes whether an alleged infringement of the Treaty by a Member State can be submitted to the judgment of the Court by a procedure other than that laid down by Article 169 or 170, that is to say on the initiative of another Member State or of the Commission. It maintains in particular that the matter cannot be brought before the Court by means of the procedure of reference for a preliminary ruling under Article 177.

The Court, according to the *Netherlands Government*, cannot, in the context of the present proceedings, decide a problem of this nature, since it does not relate to the interpretation but to the application of the Treaty in a specific case.

The *Belgian Government* maintains that the first question is a reference to the Court of a problem of constitutional law, which falls exclusively within the jurisdiction of the Netherlands court.

That court is confronted with two international treaties both of which are part of the national law. It must decide under national law—assuming that they are in fact contradictory—which treaty prevails over the other or more exactly whether a prior national law of ratification prevails over a subsequent one.

This is a typical question of national constitutional law which has nothing to do with the interpretation of an Article

of the EEC Treaty and is within the exclusive jurisdiction of the Netherlands court, because it can only be answered according to the constitutional principles and jurisprudence of the national law of the Netherlands.

The *Belgian Government* also points out that a decision on the first question referred to the Court is not only unnecessary to enable the *Tariefcommissie* to give its judgment but cannot even have any influence on the solution to the actual problem which it is asked to resolve.

In fact, whatever answer the Court may give, the *Tariefcommissie* has to solve the same problem: Has it the right to ignore the law of 16 December 1959 ratifying the Brussels Protocol, because it conflicts with an earlier law of 5 December 1957 ratifying the Treaty establishing the EEC?

The question raised is not therefore an appropriate question for a preliminary ruling, since its answer cannot enable the court which has to adjudicate upon the merits of the main action to make a final decision in the proceedings pending before it.

The *Commission of the EEC*, on the other hand, observes that the effect of the provisions of the Treaty on the national law of Member States cannot be determined by the actual national law of each of them but by the Treaty itself. The problem is therefore without doubt one of interpretation of the Treaty.

Further the Commission calls attention to the fact that a finding of inadmissibility would have the paradoxical and shocking result that the rights of individuals would be protected in all cases of infringement of Community law except in the case of an infringement by a Member State.

On the substance

Van Gend & Loos answers in the affirmative the question whether the Article has internal effect.

It maintains in particular that:

- Article 12 is applicable without any preliminary incorporation in the national legislation of Member States, since it only imposes a negative obligation;
- it has direct effect without any further measures of implementation under Community legislation, as all the customs duties applied by Member States in their trade with each other were bound on 1 January 1957 (Article 14 of the Treaty);
- although the Article does not directly refer to the nationals of Member States but to the national authorities, infringement of it adversely affects the fundamental principles of the Community, and individuals as well as the Community must be protected against such infringements;
- it is particularly well adapted for direct application by the national court which must set aside the application of customs duties introduced or increased in breach of its provisions.

The *Commission* emphasizes the importance of the Court's answer to the first question. It will have an effect not only on the interpretation of the provision at issue in a specific case and on the effect which will be attributed to it in the legal systems of Member States but also on certain other provisions of the Treaty which are as clear and complete as Article 12.

According to the *Commission* an analysis of the legal structure of the Treaty and of the legal system which it establishes shows on the one hand that the Member States did not only intend to undertake mutual commitments but to establish a system of Community law, and on the other hand that they did not wish to withdraw the application of this law from the ordinary jurisdiction of the national courts of law. However, Community law must be effectively and uniformly applied

throughout the whole of the Community.

The result is first that the effect of Community law on the internal law of Member States cannot be determined by this internal law but only by Community law, further that the national courts are bound to apply directly the rules of Community law and finally that the national court is bound to ensure that the rules of Community law prevail over conflicting national laws even if they are passed later.

The *Commission* observes in this context that the fact that a Community rule is, as regards its form, directed to the states does not of itself take away from individuals who have an interest in it the right to require it to be applied in the national courts.

As regards more particularly the question referred to the Court, the *Commission* is of the opinion that Article 12 contains a rule of law capable of being effectively applied by the national court.

It is a provision which is perfectly clear in the sense that it creates for Member States a specific unambiguous obligation relating to the extension of their internal law in a matter which directly affects their nationals and it is not affected or qualified by any other provision of the Treaty.

It is also a complete and self-sufficient provision in that it does not require on a Community level any new measure to give concrete form to the obligation which it defines.

The *Netherlands Government* draws a distinction between the question of the internal effect and that of the direct effect (or direct applicability), the first, according to it, being a pre-condition of the second.

It considers that the question whether a particular provision of the Treaty has an internal effect can only be answered in the affirmative, if all the essential elements, namely the intention of the contracting parties and the material

terms of the provision under consideration, allows such a conclusion.

With regard to the intention of the parties to the Treaty the Netherlands Government maintains that an examination of the actual wording is sufficient to establish that Article 12 only places an obligation on Member States, who are free to decide how they intend to fulfil this obligation. A comparison with other provisions of the Treaty confirms this finding.

As Article 12 does not have internal effect it cannot, *a fortiori*, have direct effect.

Even if the fact that Article 12 places an obligation on Member States were to be considered as an internal effect, it cannot have direct effect in the sense that it permits the nationals of Member States to assert subjective rights which the courts must protect.

Alternatively the Netherlands Government argues that, so far as the necessary conditions for its direct application are concerned, the EEC Treaty does not differ from a standard international treaty. The conclusive factors in this respect are the intention of the parties and the provisions of the Treaty.

However the question whether under Netherlands constitutional law Article 12 is directly applicable is one concerning the interpretation of Netherlands law and does not come within the jurisdiction of the Court of Justice.

Finally the Netherlands Government indicates what the effect would be, in its view, of an affirmative answer to the first question put by the Tariefcommissie:

—it would upset the system which the authors of the Treaty intended to establish;

—it would create, with regard to the many provisions in Community regulations which expressly impose obligations on Member States, an uncertainty in the law of a kind which could call in question the readiness

of these States to cooperate in the future;

—it would put in issue the responsibility of States by means of a procedure which was not designed for this purpose.

The *Belgian Government* maintains that Article 12 is not one of the provisions —which are the exception in the Treaty —having direct internal effect.

Article 12 does not constitute a rule of law of general application providing that any introduction of a new customs duty or any increase in an existing duty is automatically without effect or is absolutely void. It merely obliges Member States to refrain from taking such measures.

It does not create therefore a directly applicable right which nationals could invoke and enforce. It requires from Governments action at a later date to attain the objective fixed by the Treaty. A national court cannot be asked to enforce compliance with this obligation.

The *German Government* is also of the opinion that Article 12 of the EEC Treaty does not constitute a legal provision which is directly applicable in all Member States. It imposes on them an international obligation (in the field of customs policy) which must be implemented by national authorities endowed with legislative powers.

Customs duties applicable to a citizen of a Member State of the Community, at least during the transitional period, thus do not derive from the EEC Treaty or the legal measures taken by the institutions, but from legal measures enacted by Member States. Article 12 only lays down the provisions with which they must comply in their customs legislation.

Moreover the obligation laid down only applies to the other contracting Member States.

In German law a legal provision which laid down a customs duty contrary to the provisions of Article 12 would be perfectly valid.

Within the framework of the EEC Treaty the legal protection of nationals of Member States is secured, by provisions derogating from their national constitutional system, only in respect of those measures taken by the institutions of the Community which are of direct and individual concern to such nationals.

B—The second question

Admissibility

The *Netherlands and Belgian Governments* are of the opinion that the second as well as the first question is inadmissible.

According to them the answer to the question whether in fact the Brussels Protocol of 1958 represents a failure by those states who are signatories to fulfil the obligations laid down in Article 12 of the EEC Treaty cannot be given in the context of a preliminary ruling, because the issue is the application of the Treaty and not its interpretation. Moreover such an answer presupposes a careful study and a specific evaluation of the facts and circumstances peculiar to a given situation, and this is also inadmissible under Article 177.

The *Netherlands Government* emphasizes, furthermore, that if a failure by a state to fulfil its Community obligations could be brought before the Court by a procedure other than those under Articles 169 and 170 the legal protection of that state would be considerably diminished.

The *German Government*, without making a formal objection of inadmissibility, maintains that Article 12 only imposes an international obligation on states and that the question whether national rules enacted for its implementation do not comply with this obligation cannot depend upon a decision of the Court under Article 177 since it

does not involve the interpretation of the Treaty.

Van Gend & Loos also considers that direct form of the second question would necessitate an examination of the facts for which the Court has no jurisdiction when it makes a ruling under Article 177. The real question for interpretation according to it could be worded as follows:

Is it possible for a derogation from the rules applied before 1 March 1960 (or more accurately, before 1 January 1958) not to be in the nature of an increase prohibited by Article 12 of the Treaty, even though this derogation arithmetically represents an increase?

On the substance

Van Gend & Loos repeats in detail the history of the classification of aminoplasts in the successive tariffs to show that the company was charged with a duty of 8% instead of 3% intentionally and not because of the inevitable effect of adapting the old tariff to the new. The *Netherlands Government* was therefore in breach of Article 12 of the EEC Treaty when it increased a customs duty applied in its trade with other Member States.

The *Netherlands and Belgian Governments* reply that, before the modification of the Benelux Tariff of 1958, ureaformaldehyde was not subject to an import duty of 3% laid down for heading 279-a-2 of the 'Tariefbesluit' of 1947, but to an import duty of 10% laid down for heading 332 bis (adhesives).

In fact experience showed that the goods in question were usually used as glue and that as a general rule they could be used as such. Therefore the ministries concerned decided that the product in question was always to be taxed as glue and was to be included under heading 332 bis.

Although, when the intended appli-

cation of the product in dispute was not sufficiently specified, the Tariefcommissie in certain cases classified it under heading 279-a-2, the authorities of the Benelux States charged it with an import duty of 10% from the date of the entry into force of the Brussels nomenclature, which put an end to any possible argument.

There can be no question, therefore, in this case, of an increase of a customs duty or of a derogation from the provisions of Article 12 of the Treaty.

Van Gend & Loos replies that only aqueous solutions of aminoplasts to which fillers or binders had been added and which only required the addition of a hardener to make an effective adhesive, that is to say, solutions which could be considered as raw materials, could be classified under heading 332 bis.

The *Commission of the EEC* is of the opinion first that the prohibition in Article 12 relates to all goods which are capable of being the subject matter of trade between Member States (to the extent to which such trade relates to products complying with the conditions of Article 9(2)).

Article 12 not only aims at the general maintenance of customs duties applied

by the various Member States in their relations with each other but also relates to each individual product. It allows no exception even partial or provisional.

The Commission then points out that, in the context of Article 12, regard must be had to the duty actually applied when the Treaty entered into force. This duty results from the whole of the provisions and customary practice of administrative law.

However, an isolated classification under another tariff heading is in itself insufficient proof that the duty of 10% chargeable under heading 332 bis is not in fact applied to aminoplasts.

In this case it is necessary to recognize a concept of *prima facie* legality: when there is an official interpretation by the competent administration and instructions in conformity with this interpretation have been given to executive officers to fix the detailed rules for levying a duty, that is the 'duty applied' within the meaning of Article 12 of the Treaty.

The Commission, therefore, considers the duty of 10% as the duty applied on the entry into force of the Treaty. There has not therefore been in this case any increase contrary to Article 12.

Grounds of judgment

I—Procedure

No objection has been raised concerning the procedural validity of the reference to the Court under Article 177 of the EEC Treaty by the Tariefcommissie, a court or tribunal within the meaning of that Article. Further, no grounds exist for the Court to raise the matter of its own motion.

II—The first question

A—Jurisdiction of the Court

The Government of the Netherlands and the Belgian Government challenge the jurisdiction of the Court on the ground that the reference relates not to the interpretation but to the application of the Treaty in the context of

the constitutional law of the Netherlands, and that in particular the Court has no jurisdiction to decide, should the occasion arise, whether the provisions of the EEC Treaty prevail over Netherlands legislation or over other agreements entered into by the Netherlands and incorporated into Dutch national law. The solution of such a problem, it is claimed, falls within the exclusive jurisdiction of the national courts, subject to an application in accordance with the provisions laid down by Articles 169 and 170 of the Treaty.

However in this case the Court is not asked to adjudicate upon the application of the Treaty according to the principles of the national law of the Netherlands, which remains the concern of the national courts, but is asked, in conformity with subparagraph (a) of the first paragraph of Article 177 of the Treaty, only to interpret the scope of Article 12 of the said Treaty within the context of Community law and with reference to its effect on individuals. This argument has therefore no legal foundation.

The Belgian Government further argues that the Court has no jurisdiction on the ground that no answer which the Court could give to the first question of the Tariefcommissie would have any bearing on the result of the proceedings brought in that court.

However, in order to confer jurisdiction on the Court in the present case it is necessary only that the question raised should clearly be concerned with the interpretation of the Treaty. The considerations which may have led a national court or tribunal to its choice of questions as well as the relevance which it attributes to such questions in the context of a case before it are excluded from review by the Court of Justice.

It appears from the wording of the questions referred that they relate to the interpretation of the Treaty. The Court therefore has the jurisdiction to answer them.

This argument, too, is therefore unfounded.

B—On the substance of the Case

The first question of the Tariefcommissie is whether Article 12 of the Treaty has direct application in national law in the sense that nationals of Member States may on the basis of this Article lay claim to rights which the national court must protect.

To ascertain whether the provisions of an international treaty extend so far in their effects it is necessary to consider the spirit, the general scheme and the wording of those provisions.

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

In addition the task assigned to the Court of Justice under Article 177, the object of which is to secure uniform interpretation of the Treaty by national courts and tribunals, confirms that the states have acknowledged that Community law has an authority which can be invoked by their nationals before those courts and tribunals.

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

With regard to the general scheme of the Treaty as it relates to customs duties and charges having equivalent effect it must be emphasized that Article 9, which bases the Community upon a customs union, includes as an essential provision the prohibition of these customs duties and charges. This provision is found at the beginning of the part of the Treaty which defines the 'Foundations of the Community'. It is applied and explained by Article 12.

The wording of Article 12 contains a clear and unconditional prohibition which is not a positive but a negative obligation. This obligation, moreover, is not qualified by any reservation on the part of states which would make its implementation conditional upon a positive legislative measure enacted under national law. The very nature of this prohibition makes it ideally adapted to produce direct effects in the legal relationship between Member States and their subjects.

The implementation of Article 12 does not require any legislative intervention on the part of the states. The fact that under this Article it is the Member States who are made the subject of the negative obligation does not imply that their nationals cannot benefit from this obligation.

In addition the argument based on Articles 169 and 170 of the Treaty put forward by the three Governments which have submitted observations to the Court in their statements of case is misconceived. The fact that these Articles of the Treaty enable the Commission and the Member States to bring before the Court a State which has not fulfilled its obligations does not mean that individuals cannot plead these obligations, should the occasion arise, before a national court, any more than the fact that the Treaty places at the disposal of the Commission ways of ensuring that obligations imposed upon those subject to the Treaty are observed, precludes the possibility, in actions between individuals before a national court, of pleading infringements of these obligations.

A restriction of the guarantees against an infringement of Article 12 by Member States to the procedures under Article 169 and 170 would remove all direct legal protection of the individual rights of their nationals. There is the risk that recourse to the procedure under these Articles would be ineffective if it were to occur after the implementation of a national decision taken contrary to the provisions of the Treaty.

The vigilance of individuals concerned to protect their rights amounts to an effective supervision in addition to the supervision entrusted by Articles 169 and 170 to the diligence of the Commission and of the Member States.

It follows from the foregoing considerations that, according to the spirit, the general scheme and the wording of the Treaty, Article 12 must be interpreted as producing direct effects and creating individual rights which national courts must protect.

III—The second question

A—*The jurisdiction of the Court*

According to the observations of the Belgian and Netherlands Governments, the wording of this question appears to require, before it can be answered, an examination by the Court of the tariff classification of ureaformaldehyde imported into the Netherlands, a classification on which Van Gend & Loos and the Inspector of Customs and Excise at Zaandam hold different opinions with regard to the 'Tariefbesluit' of 1947. The question clearly does not call for an interpretation of the Treaty but concerns the application of Netherlands customs legislation to the classification of aminoplasts, which is outside the jurisdiction conferred upon the Court of Justice of the European Communities by subparagraph (a) of the first paragraph of Article 177.

The Court has therefore no jurisdiction to consider the reference made by the Tariefcommissie.

However, the real meaning of the question put by the Tariefcommissie is whether, in law, an effective increase in customs duties charged on a given product as a result not of an increase in the rate but of a new classification of the product arising from a change of its tariff description contravenes the prohibition in Article 12 of the Treaty.

Viewed in this way the question put is concerned with an interpretation of this provision of the Treaty and more particularly of the meaning which should be given to the concept of duties applied before the Treaty entered into force.

Therefore the Court has jurisdiction to give a ruling on this question.

B—*On the substance*

It follows from the wording and the general scheme of Article 12 of the Treaty that, in order to ascertain whether customs duties or charges having equivalent effect have been increased contrary to the prohibition contained in the said Article, regard must be had to the customs duties and charges actually applied at the date of the entry into force of the Treaty.

Further, with regard to the prohibition in Article 12 of the Treaty, such an illegal increase may arise from a re-arrangement of the tariff resulting in the

classification of the product under a more highly taxed heading and from an actual increase in the rate of customs duty.

It is of little importance how the increase in customs duties occurred when, after the Treaty entered into force, the same product in the same Member State was subjected to a higher rate of duty.

The application of Article 12, in accordance with the interpretation given above, comes within the jurisdiction of the national court which must enquire whether the dutiable product, in this case ureaformaldehyde originating in the Federal Republic of Germany, is charged under the customs measures brought into force in the Netherlands with an import duty higher than that with which it was charged on 1 January 1958.

The Court has no jurisdiction to check the validity of the conflicting views on this subject which have been submitted to it during the proceedings but must leave them to be determined by the national courts.

IV — Costs

The costs incurred by the Commission of the EEC and the Member States which have submitted their observations to the Court are not recoverable, and as these proceedings are, in so far as the parties to the main action are concerned, a step in the action pending before the Tariefcommissie, the decision as to costs is a matter for that court.

On those grounds,

Upon reading the pleadings;
Upon hearing the report of the Judge-Rapporteur;
Upon hearing the parties;
Upon hearing the opinion of the Advocate-General;
Having regard to Articles 9, 12, 14, 169, 170 and 177 of the Treaty establishing the European Economic Community;
Having regard to the Protocol on the Statute of the Court of Justice of the European Economic Community;
Having regard to the Rules of Procedure of the Court of Justice of the European Communities;

THE COURT

in answer to the questions referred to it for a preliminary ruling by the Tariefcommissie by decision of 16 August 1962, hereby rules:

1. Article 12 of the Treaty establishing the European Economic Community produces direct effects and creates individual rights which national courts must protect.
2. In order to ascertain whether customs duties or charges having equivalent effect have been increased contrary to the prohibition contained in Article 12 of the Treaty, regard must be had to the duties and charges actually applied by the Member State in question at the date of the entry into force of the Treaty.
Such an increase can arise both from a re-arrangement of the tariff resulting in the classification of the product under a more highly taxed heading and from an increase in the rate of customs duty applied.
3. The decision as to costs in these proceedings is a matter for the Tariefcommissie.

302

Donner	Delvaux	Rossi
Riese	Hammes	Trabucchi
		Lecourt

Delivered in open court in Luxembourg on 5 February 1963.

A. Van Houtte	A. M. Donner
Registrar	President

OPINION OF MR ADVOCATE-GENERAL KARL ROEMER
DELIVERED ON 12 DECEMBER 1962¹

*Mr President,
Members of the Court,*

The present proceedings originate in an action before the Tariefcommissie, a Dutch administrative court. This action is for the annulment of a decision of

the Nederlandse administratie der belastingen (the Netherlands Inland Revenue Administration) of 6 March 1961 concerning the application of a particular customs duty to the import of urea-formaldehyde from the Federal Republic of Germany. The decision is based on

¹ — Translated from the German.

the new Netherlands customs tariff which entered into force on 1 March 1960 and which was fixed by the Brussels Protocol of 25 July 1958 by the Kingdom of Belgium, the Grand Duchy of Luxembourg and the Kingdom of the Netherlands and was ratified in the Netherlands by the Law of 16 December 1959.

The parties to the proceedings are in agreement with the Tariefcommissie that at the date of importation (9 September 1960) the imported goods were correctly classified under a particular tariff heading of the customs tariff in force. But this tariff differs from the previous tariff (which came into force in the three Benelux countries by virtue of the Customs Convention of 5 September 1944) fixed by the Brussels nomenclature (laid down in the Agreement of 15 December 1950 on the Tariff Nomenclature for the Classification of Goods in the Customs Tariffs), which entailed an alteration of the former tariff headings.

Whereas before 1 March 1960 the product in question—as can be seen from two decisions of the Tariefcommissie—was classified in a category subject to a duty of 3% under the Dutch customs tariff (Tariefbesluit 1947), after the Brussels nomenclature was introduced it became subject to a higher duty resulting from the re-arrangement of previous tariff numbers.

That is why the plaintiff in the main action considered that this alteration of the customs tariff by the Brussels Protocol contravened Article 12 of the EEC Treaty, and that the decision made by the customs authorities should be annulled in view of the provisions of the EEC Treaty.

The Tariefcommissie has not decided this question but referred it to the Court of Justice on 16 August 1962 under Article 177 of the Treaty, asking the Court to give a preliminary ruling on two questions. It wished to know:

- ‘1. Whether Article 12 of the EEC Treaty has direct application as it is said to do by the plaintiff in the main action; in other words; whether nationals of Member States can, on the basis of the Article in question, lay claim to individual rights which the courts must protect;
- ‘2. In the event of an affirmative reply, whether there has been an unlawful increase of an import duty, or whether it was in this case a reasonable alteration of the duty applicable before 1 March 1960, an alteration which, although amounting to an increase from the arithmetical point of view, is nevertheless not to be regarded as prohibited under the terms of Article 12.’

In accordance with Article 20 of the Protocol on the Statute of the Court of Justice of the EEC, the Registrar notified the Member States and the Commission and the parties to the national proceedings of the reference for a preliminary ruling. The parties to the proceedings, the Governments of the Kingdom of the Netherlands, the Kingdom of Belgium and the Federal Republic of Germany and the Commission of the EEC submitted written observations. During the oral procedure only the applicant and the Commission of the EEC addressed the Court. I shall mention the contents of all these observations when I examine the reference for a preliminary ruling.

Legal consideration

I—The order of examination

In the written observations it was suggested that the Court should begin by answering the second question.

In the opinion of the Netherlands Government the second question is based upon the view that there is a conflict between Article 12 of the EEC Treaty and the Brussels Protocol (which

forms the basis of the customs tariff which is criticized). This view rests upon a false interpretation of the EEC Treaty. However it was not the intention of the Benelux Agreement unlawfully to set aside the EEC Treaty. If the second question is answered in this way, the first question becomes pointless.

It seems to me appropriate, in order not to delay the proceedings, first of all to dwell on this argument for a moment. In principle, I consider that, when the Court answers questions of interpretation, it must follow the order adopted by the court making the reference, at least if that order is determined by the degree of importance in the national proceedings of the questions to be answered, and if the referred questions, according to the system of Community law, have a material and logical connexion with each other which allows the selected order to be followed. But in this case I do not have to go more deeply into this problem.

It would only be possible to think of reversing this order if it appeared at first sight, and before beginning the actual examination, that the second question is simpler and ought to be answered in such a way as to make beyond any doubt an examination of the first question unnecessary. But in this case it is by no means obvious that the second question only calls for consideration of the aspect mentioned by the Netherlands Government, that it presents a lesser degree of difficulty and requires a less exhaustive review, or that in all probability it should be answered along the lines indicated by the Netherlands Government. This view is sufficient to justify the retention of the order chosen by the Tariefcommissie, which furthermore—so it appears to me—is the logical result in the circumstances. For an interpretation of the content of Article 12 is only relevant for the Netherlands court if it knows that it must apply that provision.

II—The first question

1. Admissibility

Whether the reference by the Tariefcommissie is admissible under Article 177 of the Treaty must be considered by the Court of its own motion. It is a question which cannot be disposed of by agreement between the parties concerned, for we are dealing with an objective procedure for interpreting the Treaty. Naturally, this does not preclude the parties from raising questions of admissibility. The Netherlands and Belgian Governments have thus drawn attention to the following points bearing on the first question:

1. It is not concerned with the interpretation of an Article of the Treaty, but with a problem under Netherlands constitutional law.
2. The answer to the first question has no effect upon the solution of the real difficulties in the Dutch case. Even if an affirmative reply is given to the question, the Netherlands court is still faced with the problem of deciding to which law of ratification (that relating to the EEC Treaty or that relating to the Brussels Agreement) it should give precedence.

These observations must be examined before solving the problems of interpretation which have been submitted.

On the first point

With regard to the question whether the Tariefcommissie has submitted to the Court a problem of Dutch constitutional law the following observations may be made: it seems clear to me that the *wording* of the first question ('whether Article 12 . . . has direct application') gives the impression that the Court is faced with a task which goes beyond its jurisdiction under Article 177. It is impossible to clarify exhaustively the

real legal effects of an international agreement on the nationals of a Member State without having regard to the constitutional law of that Member State. But, on the other hand, it is clear that the question does not refer exclusively to problems of constitutional law. The effect of an international treaty depends in the first place on the legal force which its authors intended its individual provisions to have, whether they are to be merely programmes or declarations of intent, or obligations to act on the international plane or whether some of them are to have a direct effect on the legal system of Member States. If the examination is limited to this aspect, without reaching a conclusion on the question how national constitutional law incorporates the intended effects of the treaty into the national legal system, it comes within the field of interpretation of the Treaty. In spite of the unfortunate wording of the first question, it is possible to recognize in it an admissible request for an interpretation which the Court can extract without difficulty from the facts put forward and can deal with under Article 177.

On the second point

The second objection concerns the so called 'Relevance of the Decision', that is, the question whether the solution of a particular problem according to Community law is of any importance in reaching a decision in the national proceedings.

In my view the Court has, in principle, no jurisdiction to consider this preliminary question. As is shown by the wording of the second paragraph of Article 177 which must also apply to a reference under the third paragraph of that Article ('... if it considers that a decision on the question is necessary . . .'), the national courts have to this extent a certain freedom of evaluation. They form an idea how the national

proceedings should be decided and ask themselves at what stage their method of evaluating the law and the facts must be supplemented with the help of a binding interpretation of the Treaty under Article 177. This Court which, in principle, must not apply national law, may neither review nor rectify arguments based on national law, lest it be convicted of exceeding the limits of its jurisdiction. It should thus accept the determination made by the national court of those issues which seem to it to be necessary for its decision.

A difficult procedure can if necessary be applied in exceptional cases where the evaluation by the national court is manifestly wrong (for example in cases of offences against the laws of logic, or failure to apply correctly general principles of law or to understand national legal questions which have been clearly decided, which would make the procedure of reference for a preliminary ruling appear to be an abuse of procedure).

As regards this particular case, it must not be forgotten that after the first question has been positively answered another question follows. It may be that its examination leads to an interpretation of Article 12 according to which there is no conflict between the EEC Treaty and the Brussels Protocol, perhaps because Article 12 allows room for exceptional treatment in special cases. Further, we cannot estimate the importance that the Dutch court would attach to a conflict which might arise and how it would decide this issue. For all these reasons, it is not possible to deny the relevance of a decision in determining the issues in the national proceedings and to refuse to answer the first question.

2. Examination of the first question

I have already mentioned that the question is not happily phrased. But its meaning appears clear when looked at in the light of the constitutional law of

the Netherlands. Article 66 of the Netherlands Constitution—according to its interpretation in cases decided by its courts—gives international agreements precedence over national law, if the provisions of such agreements have a general binding effect, that is, when they are directly applicable ('self-executing'). The question is, therefore, whether it can be inferred from the EEC Treaty that Article 12 has this legal effect or whether it only contains an obligation on the part of Member States not to enact laws to the contrary, the infringement of which would not result in the national laws being ineffective.

The opinions expressed in the course of the proceedings are not unanimous. The plaintiff in the Netherlands action and the Commission of the EEC maintain that Article 12 has a direct internal effect in that authorities and courts of Member States must apply it directly. According to this opinion the first question should receive an affirmative answer. The Dutch, Belgian and German Governments, on the other hand, see in Article 12 only an obligation on the part of Member States.

In its written observations and during the oral procedures, the Commission attempted to support its view by presenting a detailed analysis of the structure of the Community. Very impressively, it submitted that, judged by the international law of contract and by the general legal practice between States, the European Treaties represent a far-reaching legal innovation and that it would be wrong to consider them in the light *only* of the general principles of the law of nations.

It is right that these conclusions should have been reached in proceedings which raise the fundamental question of the relationship between Community law and national law.

Anyone familiar with Community law knows that in fact it does not just consist of contractual relations between a number of States considered as subjects

of the law of nations. The Community has its own institutions, independent of the Member States, endowed with the power to take administrative measures and to make rules of law which directly create rights in favour of and impose duties on Member States as well as their authorities and citizens. This can be clearly deduced from Articles 187, 189, 191 and 192 of the Treaty.

The EEC Treaty contains in addition provisions which are clearly intended to be incorporated in national law and to modify or supplement it. Examples of such provisions are Articles 85 and 86 relating to competition (prohibition of certain agreements, prohibition of the abuse of a dominant position in the Common Market), the application of the rules on competition by the authorities of Member States (Article 88), and the duty of national courts to cooperate with the Community institutions as regards decisions and their enforcement (Articles 177 and 192 of the Treaty; Articles 26 and 27 of the Protocol on the Statute of the Court of Justice). In this connection mention can be made of the provisions which are designed to produce direct effects at a later stage, for example the provisions under the Title of the Treaty devoted to the Free Movement of Persons, Services and Capital (Articles 48 and 60).

But on the other hand it must not be forgotten that many of the Treaty's provisions expressly refer to the *obligations* of Member States.

From the first part of the Treaty which sets out the principles of the Community I would mention Article 5 which provides that Member States shall take all appropriate measures to ensure fulfilment of *obligations* arising out of the Treaty, or Article 8 which provides for a finding that the objectives specifically laid down for the first stage have in fact been attained and that certain *obligations* have been fulfilled. In the Title relating to the free movement of goods, Article 11 (obligations with re-

gard to customs duties) and Article 37 (obligations relating to State monopolies) can be mentioned. Finally I might mention, without claiming to be exhaustive, Article 106 in which Member States undertake to authorize payments in a specified currency.

It can surely be inferred from the carefully phrased wording of the Treaty and also from its material content and its context that these provisions in fact only lay down an obligation on the part of Member States.

Further we find a series of provisions which, although drafted in a *declaratory* form, are clearly intended, having regard to their content and context, only to be obligations of Member States and not to have direct internal effect.

These are the provisions on the abolition of customs duties on imports and on exports, the lowering of customs duties of a fiscal nature (Articles 13, 16, 17), on the progressive introduction of the Common Customs Tariff (Article 23), on the conversion of import quotas into global quotas and on the increase of the latter (Article 33), on the adjustment of State monopolies of a commercial character (Article 37), on the abolition by progressive stages of restrictions on the freedom of establishment (Article 52), on the abolition of restrictions on the movement of capital (Article 67) and on the abolition of discrimination in transport (Article 79).

By comparison, it is relatively rare to find in the wording of the Treaty the terms 'prohibition' or 'prohibited' as for example in Articles 7, 9, 30, 34, 80, 85 and 86. And in some of these provisions, in particular in so far as they are not addressed to nationals, the text or the context makes it quite clear, by reference to regulations to be made later or to other implementing provisions, that they cannot have any direct legal effect (Articles 9, 30 and 34).

What is striking is that even in the provisions which contain the phrase 'incompatible with the Common Market'

(Article 92, aids granted by States), there can be no question of direct application; for, according to Article 93, when the Commission finds that such regulations on aids are incompatible with the Treaty, it has the power to decide that the state concerned must *abolish* or *alter* them within a given time.

The first conclusion we can draw from this analysis is that large parts of the Treaty clearly contain only obligations of Member States, and do not contain rules having a direct internal effect.

It is accordingly within the framework of supranational law that ways of dealing with breaches of the Treaty have been devised. Under Article 169, the Commission gives a Member State which does not fulfil its obligations under the Treaty a time limit within which it can *comply* with the reasoned opinion of the Commission. Under Article 171 a State in this situation is required to *take the necessary measures* to comply with the judgment of the Court of Justice. If, for the purpose of Community law, it had been intended to make the direct application of the provisions of the Treaty, in the sense that they are to prevail over national law, a fundamental principle, the procedure for enforcing obedience could have been confined to a declaration of the nullity of measures taken contrary to the provisions of the Treaty. At least the provisions in Article 171, if not also the fixing of a time limit under Article 169, would be superfluous.

If we consider the place which Article 12 can occupy in this system, in this range of legal possibilities, it is useful to begin by recalling its wording. It reads as follows:

'Member States shall refrain from introducing between themselves any new customs duties or imports or exports or any charges having equivalent effect and from increasing those which they already apply in their trade with each other.'

It seems to me beyond doubt that the

form of words chosen—which moreover no one has called into question—no more precludes the assumption of a legal obligation than does the similar wording of other Articles of the Treaty. To give Article 12 a lower legal status would not be in keeping with its importance in the framework of the Treaty. Further, I consider that the implementation of this obligation does not depend on other legal measures of the Community institutions, which allows us in a certain sense to speak of the direct legal effect of Article 12.

However, the crucial issue according to the question raised by the Tariefcommissie is whether this direct effect stops at the Governments of the Member States, or whether it should penetrate into the national legal field and lead to its direct application by the administrative authorities and courts of Member States. It is here that the real difficulties of interpretation begin.

In the first place what is remarkable is that the Member States are named as the addressees just as in other provisions which clearly only intend to impose obligations on states (Articles 13, 14, 16, 27 etc). They, the Member States, shall not introduce new customs duties or increase those which they already apply. It must be concluded from this that Article 12 does not have in mind administrative practice, that is, the conduct of the national administrative authorities.

But apart from designating those to whom it is addressed, Article 12 recalls the wording of other provisions which appear to me beyond any doubt only to lay down obligations for Member States, for they speak expressly of 'obligations' even if only in later paragraphs (see for instance Articles 31 and 37).

In this connexion it is also necessary to mention Article 95 which provides that no Member State shall impose directly or indirectly on the products of other Member States any internal taxation of any kind in excess of that

imposed directly or indirectly on similar domestic products and then continues in the third paragraph:

'Member States shall, not later than at the beginning of the second stage, *repeal or amend* any provisions existing when this Treaty enters into force which conflict with the preceding rules.'

It should further be noted that the wording of Article 12 does not contain such terms as 'prohibition', 'prohibited', 'inadmissible', 'without effect', which are found in other provisions of the Treaty. It is just when a provision is meant to be applied directly, that is, by the administrative authorities of Member States, that a precise indication of the intended legal effects is indispensable.

But above all we must consider whether, *judged by its content*, Article 12 appears to be adapted for direct application. We must bear in mind that, at least for the time being, Member States still retain to a large degree their legislative powers in customs matters. In certain Member States they lead to formal laws. The direct application of Article 12 would thus often take the form of a review of legislative acts by the administrative authorities and the courts of Member States, with the help of the provisions of Article 12.

If we look at the object of this provision it appears that, contrary to first impressions, it is very complex. It is therefore scarcely possible for its provisions to be applied in every case without creating problems.

Article 12 applies, *inter alia*, to charges having equivalent effect. We have seen recently in another case the difficulties which an exact definition of this concept can entail. Further, Article 12 refers to customs duties or charges having equivalent effect *applied* at a particular moment. In the practice of this Court we have learned that even the term 'applied' can raise considerable difficulties of interpretation. Finally the present proceedings themselves show

what problems can be created by a finding of the existence of an increase in applied tariffs based on an alteration of customs nomenclature.

These difficulties emerge all the more clearly when it is realized that in customs law states are not only under a negative duty. Under the Treaty they are required by a continuous series of measures to adapt their customs law and regulations to the development of the Common Market. But if the customs system is continually changing, the supervision of the supplementary standstill provision of Article 12 is certainly not easy.

I find it difficult to understand how, in view of this, the Commission can expect that the direct application of Article 12 will bring about an increase in legal certainty.

Can it really be assumed that undertakings rely in their commercial operations on a particular interpretation and application of specific provisions of the Treaty or would they not find more reliable guidance in positive national customs provisions?

Even if these arguments alone provide sufficient reasons for rejecting the view that Article 12 has direct internal effect, the following additional arguments must be mentioned:

The position of the constitutional laws of the Member States, above all with regard to the determination of the relationship between supranational or international law and subsequent national legislation, is far from uniform.

If Article 12 is deemed to have a direct internal effect, the situation would arise that breaches of Article 12 would render the national customs laws ineffective and inapplicable in only a certain number of Member States. That appears to

me to be the case in the Netherlands, the Constitution of which (Article 66) gives international agreements containing generally binding and directly applicable provisions a superior status to that of national law; in Luxembourg (where the courts, in the absence of explicit provisions in the Constitution, have arrived at essentially the same conclusion)¹; and, it may be, in France (perhaps because the relevant Article 55 of the Constitution of 4 October 1958 is not quite clear with regard to later laws and contains moreover a reservation that there must be reciprocal application)².

On the other hand, it is certain that the Belgian Constitution does not include any provision dealing with the legal effect of international treaties in relation to national law. They seem, according to the case law of that country, to have the same status as national laws.

Similarly, there is no provision in the text of the Italian Constitution from which the supremacy of international law over national law can be inferred. The case law and the prevailing doctrine do not accord any superior status to treaties, at least in relation to later national laws.

Finally, with regard to German constitutional law, Article 24 of the Basic Law provides that the Federation may by legislation transfer sovereign rights to international institutions. Article 25 provides that the *general* rules of international law shall form an integral part of Federal law, and shall take precedence over legislation under that law and create rights and duties directly applicable to the inhabitants of the territory of the Federation. However, contrary to the views of certain authors,³ it cannot be inferred from case law that

1 — *Pescatore*: 'L'autorité en droit interne des traités internationaux'; *Pasicrisie Luxembourgeoise*, 1962, page 99 et seq.

2 — 'Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.' (Treaties or agreements duly ratified or approved have, from the moment of promulgation, an authority superior to that of the laws, subject, for each agreement or treaty, to its being put into effect by the other party.)

3 — Gerhard Behr: 'The Relationship between Community Law and the Law of the Member States'. (Restrictive Practices, Patents, Trade Marks and Unfair Competition in the Common Market).

international treaties have supremacy over later national laws.

The authors of the Treaty were faced with this situation in the field of constitutional law when they drafted the legal texts of the Community. Having regard to this situation it is in my opinion doubtful whether the authors, when dealing with a provision of such importance to customs law, intended to produce the consequences of an uneven development of the law involved in the principle of direct application, consequences which do not accord with an essential aim of the Community.

But neither would a uniform development of the law be guaranteed in those States whose constitutional law gives international agreements precedence over national law.

The Treaty does not provide any machinery to ensure the avoidance of this danger. Article 177 only provides for a right and a duty to refer a question concerning the *interpretation* of the Treaty to the Court, but not on the other hand a question concerning the *compatibility* of national with Community law. It is therefore conceivable that national courts might refrain from making a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling because they do not see any difficulties of interpretation, and then, however, come to different conclusions in their own interpretation of the Treaty. In this way variations in the application of the law could occur in the courts of the different States as well as in courts of the same State.

After all these considerations which are based upon an examination of the system of the Treaty taken as a whole, upon the wording, the content and the context of the provision to be interpreted, I come to the conclusion that Article 12 should be legally classified in the same way as the other rules relating to the customs union. Article 11 has a fundamental importance for all of them when it speaks explicitly of

'obligations with regard to customs duties', a phrase which excludes direct internal effect within the meaning of the first question. It is my conviction therefore that question No 1 of the Tariefcommissie should be answered in the negative.

III—Question 2

This proposition means that the second question in the reference to the Court should not be dealt with in your judgment nor in this opinion. The court making the reference expressly asked the second question contingently, in case this Court should hold that the national court must apply Article 12 of the Treaty directly. But even if the court which sought a preliminary ruling from this Court had not made this reservation, the second question ceases to be relevant after the negative reply to the first.

However I am aware that the attempt to settle the problems which have been touched upon in this action can lead to widely conflicting views. I am thinking here not only of the differences in the statements of the parties to the action, but also of the variety of opinions with which we are faced concerning the theory and practice of public and international law when we consider the problems raised by these proceedings. For these reasons, I shall make a subsidiary examination of the second question of the Tariefcommissie, proceeding from the hypothesis that your answer to the first question is that the national court is bound by Article 12.

On the second question, only the Dutch and Belgian Governments, the BEC Commission and the plaintiff in the Dutch proceedings have submitted their own observations.

1. Admissibility

To begin with, just as with the first question, there arise certain problems regarding admissibility raised by the

Belgian and Dutch Governments. In particular they submit that:

1. The second question is inadmissible because it concerns the application and not the interpretation of the Treaty;
2. The second question seeks to avoid the procedure of Articles 169 and 170 of the Treaty; individuals cannot complain indirectly of the behaviour of Member States; it is not admissible to bring an alleged infringement of the Treaty before the Court under Article 177.

On the first submission

On reading the text of the second question, it is impossible to avoid the impression that the Court is expected to apply the Treaty.

Article 177 of the Treaty—so far as it is relevant in this case—deals only with the interpretation of the Treaty. By interpretation is meant the general construction of the meaning of a provision, the sense and purpose of which are not clear from the wording. It is necessary to distinguish from this the application of a provision in a specific case, that is, whether *certain facts fall within* a particular legal provision and the resulting evaluation of those facts. It is sometimes difficult to draw the line between interpretation and application especially if only part of a provision has to be construed and if—which may appear to be useful in facilitating the task of the Court—the court requiring a preliminary ruling clarifies the interpretation problem by a statement of the facts falling within the particular provision. However, I should not like to assume that in this case the Dutch court is asking the Court of Justice to consider the application of the Treaty. At this point reference can be made to the first application to this Court for a preliminary ruling (13/61) in which the Court held

that the national court could frame the questions forming the subject matter of the application in a specific and simple way (Rec. 1962).

The Court can, after considering the whole of the subject matter of the decision to apply for a preliminary ruling, deduce the substance and purpose of the question referred, and answer it in a general way within the framework of its jurisdiction. In any case we shall keep within the limits of the Court's jurisdiction and not enlarge on the direct application of the Treaty to a concrete case. Findings of fact are not necessary for this purpose. But, contrary to the assumption of the Dutch Government, they would not be excluded from proceedings for a preliminary ruling (cf. Article 103(2) of the Rules of Procedure, which refers to Articles 44 et seq. of the same Rules). The second question is therefore admissible in its entirety.

On the second submission

As regards the doubts which have arisen concerning the relation between the present proceedings and the procedure under Articles 169 and 170 of the Treaty, and the danger of circumventing that procedure, the following must be noted:

Article 169 governs the judicial finding of an infringement of the Treaty by Member States. It can be invoked by the Commission if the Member State concerned does not comply with the opinion of the Commission. Article 170 provides an analogous procedure, which is initiated by an application to the Court by another Member State, and indeed, in certain circumstances, without a previous reasoned opinion by the Commission.

In this case, if the Court deals with the second question within the limits of its jurisdiction, it can give only a general interpretation of Article 12, of its meaning and purpose, leaving it to the nat-

ional court to draw the necessary conclusions from it. There must not be a single word in the operative part of the judgment and in the grounds of judgment concerning the conduct of a Member State and there must not be any finding that its conduct is compatible with the Treaty, or that it constitutes an infringement of it. The Court accordingly does not have to make an assessment, which could only be made under the procedure of Articles 169 and 170.

If the view were held that Articles 169 and 170 preclude national courts from holding that certain measures taken by the Member State to which they belong are ineffective because they infringe the provisions of the Treaty, this would challenge the very existence of treaty provisions which can be directly applied by the national courts. For direct applicability must mean that provisions endowed with this attribute can produce their effects without restrictions, even, should the occasion arise, in face of conflicting national law. It does not apply when a previous finding by this Court is necessary.

We must conclude that Articles 169 and 170 deal primarily with cases in which a provision of the Treaty is not directly applicable but contains simply an order addressed to Member States. In such a situation there is scope, legally and logically, for enforcement proceedings, that is, for proceedings having as their technical objective the alteration of the legal situation, but not where a conflict arises because, by virtue of its direct application, Community law can prevail over national law.

As the second question was only put in case the answer to the first was in the affirmative, that is to say in the event of its being acknowledged that Article 12 has direct internal effect, it is not possible to see in the answer to it an inadmissible way for the Court of Justice to circumvent Article 169.

I see no other problems in the field of

admissibility. We can therefore turn our attention to the actual examination of the second question.

2. Examination of Question 2

Having regard to the remarks on admissibility, this question must be construed in such a way that only pure problems of interpretation emerge.

According to the facts submitted by the Dutch court, this means that the Court of Justice has to define the criteria for determining whether there is a relevant increase of customs duties under Article 12. Starting with the wording of Article 12, the principal question in the Dutch proceedings is the interpretation of the terms 'apply' and 'increasing'.

In its written observations the Commission endeavoured to establish a systematic order for the numerous subsidiary questions into which the second question can be subdivided.

With regard to the prohibition of an increase in import duties, the following particular problems arise:

1. Does the prohibition apply to each particular product or does it refer to the general level of import duties?
2. Is the prohibition absolute, or are there certain exceptions to it which arise out of the meaning and purpose of Article 12 itself or out of its connection with other provisions of the Treaty?

With regard to the term 'apply', some subsidiary questions are also to be distinguished.

1. Is it a question of which rates are in fact applied in customs practice?
2. Must account be taken of a customs practice which was brought about by false customs declarations?
3. In the appraisal of customs practice how are the decisions of the Tarief-commissie to be evaluated?

4. Must we focus our attention on customs practice in the Netherlands, or in all the Benelux countries?

With regard to the first group of problems, the Commission in the first place emphasizes the fact, which none of the parties has questioned, that the prohibition in Article 12 applies to each individual product. The text gives no indication to the contrary; in particular the use of the plural (customs duties) is instructive. Likewise it can be deduced from the other customs provisions of this Chapter that they apply to each product (Article 14), unless express mention is made of an aggregation of all customs measures (total customs receipts, Article 14).

Further, it cannot be denied that Article 12 has an absolute effect which allows no exceptions. Its function corresponds, in the field of customs duties, to that of Article 31 in the case of quantitative restrictions. In Case 7/61, the Court expressed its opinion on Article 31 and confirmed emphatically that it has absolute effect which permits no exception.

The Commission, in my opinion correctly, draws the conclusion from this fact that even difficulties which can be connected with a rearrangement of tariff nomenclature do not in principle make it possible to depart from the prohibition of Article 12. The Commission points out that even before the conclusion of the Treaty Member States were preoccupied with the problems of the transfer of customs tariffs into the Brussels nomenclature. They were therefore familiar with the difficulties. If, nevertheless, they omitted to include in Article 12 a reservation to that effect, the omission can only be an indication of the absolute effect of this Article.

As can be seen from the text of the Brussels agreement on nomenclature for the classification of goods in customs tariffs (of 15 December 1950), the con-

tracting parties can create sub-headings within the headings of the tariff nomenclature for the classification of products, and thereby maintain a differentiation of customs tariffs. The Brussels nomenclature therefore does not necessarily result in the suppression of certain customs duties.

The Member States of the EEC can further eliminate certain difficulties resulting from the rearrangement of the nomenclature by reducing their inter-Community customs duties for certain headings below the amount prescribed by the Treaty, thus avoiding infringement of Article 12.

Even if it can be thought that in many cases there are nevertheless insurmountable difficulties, it should be noted that the general and largely unsubstantiated arguments of the Dutch and Belgian Governments do not disclose any such difficulties. Further their persuasive effect is weakened by the statements of the Netherlands Secretary of State for Finance in the parliamentary debate on the Benelux Agreement¹, which lead one to believe that there existed in the case of the products in question, even after the old Customs Law of 1947, certain technical difficulties in customs administration connected with the exact determination of the composition of this product and of its possible uses. It would be possible to gain from this the impression that the difficulties connected with the rearrangement of nomenclature of customs duties were not the determining factors in the treatment of customs duties under the Brussels Protocol.

But in the final analysis these questions of fact can remain open. I shall simply state that, at least so far as the facts of this case are concerned, no legal possibility can be found of departing from the absolute prohibition of Article 12 by way of an alteration of the customs nomenclature.

¹—Schedule IV to the request for a preliminary ruling.

Likewise, Article 233, which expressly provides that the EEC Treaty shall not preclude the existence or completion of regional unions between Belgium and Luxembourg or between Belgium, Luxembourg and the Netherlands, does not allow any relaxation of the standstill clause of Article 12. As can be seen from the additional words 'to the extent that the objectives of these regional unions are not achieved by application of this Treaty', the main concern of this provision is to allow the Benelux States to accelerate and intensify their regional integration independently of the Treaty. But it cannot be used to justify a breach of the primary and basic provisions of the Community Treaty which are imposed in the same way on all Member States and which can be complied with without calling in question the objectives of the regional union, which had a common external tariff before the entry into force of the EEC Treaty.

The concept of 'applied customs duty' is at the heart of the second group of questions.

Here too we can begin by referring to a judgment of this Court. In Case 10/61 the Court held that, for the purposes of Article 12 as much as for those of Article 14, it is the customs duty actually applied and not the duty legally applicable which is decisive. This view is founded on the recognition that it would be difficult for the Court to review national law (the legality of the existing customs practice) and also by the fact that the difference between a tariff 'legally applicable' and 'actually applied' frequently occurs in the Treaty, as is shown by Article 19.

I can see no reason to question the principle of that decision. But in this case certain special aspects of the problem have come to light which deserve consideration.

It has been argued that in certain cases a customs duty of only 3% was applied, on the basis of false customs

declarations, to the type of products which are the subject matter of the customs decision in dispute. These cases present no difficulties. It seems to me obvious that such a practice must be disregarded in each case, even though we must concern ourselves with the actual practice and not the legally applicable customs duty, because the *ratio legis* according to which, so far as commercial arrangements are concerned, it is the practice of the customs administration which is decisive, cannot protect persons who rely on such practice, but whose conduct has been responsible for the incorrect application of the customs tariff. False customs declarations can never form the basis of an authoritative practice for the purpose of the customs law of the Treaty.

Further the question has arisen what importance should be attributed after the entry into force of the Treaty to the decisions of the Tariefcommissie, which held that a customs duty of 3% and not 10% should be applied to the goods of the type with which we are concerned in these proceedings and that accordingly the practice of the Netherlands Revenue Authorities was illegal. To clarify this problem the Court had submitted to it the written statements by the parties in the oral proceedings. As their content is free of doubt, there is nothing against their use in the present case. They give us the following picture:

According to the statements of the plaintiff in the Netherlands proceedings, the import of pure ureaformaldehyde (that is to say of the product in question) was charged with a customs duty of 3% until September 1956. After September 1956 the customs authorities levied a duty of 10% on the same product. The first change in the customs practice caused the plaintiff to start administrative proceedings which in turn led to the above-mentioned decision of the Tariefcommissie of 6 May 1958. The effect of this decision was

that, for imports subsequent to September 1956, part of the higher customs duty which had been paid was partially refunded, so that the charge remained at 3%. Another effect was that until September 1959 a rate of 3% was applied. At that date there was another change in customs practice, a rate of 10% being applied, which led to new administrative proceedings. On 2 May 1960 the Tariefcommissie gave a second decision, which was identical with that of 6 May 1958. The effect was that there was a partial refund of the duty paid on imports between September 1959 and 1 March 1960 (the entry into force of the new customs tariff).

If all this information is correct, which there is no reason to doubt, it can be established that all imports of urea-formaldehyde made by the applicant, and which, according to its own evidence, constituted the largest amount of this type of import into the Netherlands, was indeed charged provisionally with a duty of 10% but that as a result of judicial decisions a rectification was made which in fact restored the customs charge to 3% up to 1 March 1960.

We must now consider whether, by applying in a consistent manner the principles set out in Case 10/61, the Court can take into account only the customs practice which was in fact carried out until 1 January 1958. In my opinion this is not the case. In fact it must not be forgotten that the prominence given to the part played by customs practice is due primarily to the fact that the Court did not intend to undertake a review of the legality of the practice employed.

In this case the situation was clarified judicially by a national court not long after the entry into force of the Treaty. The initiative for clarification was an action brought several months before the Treaty entered into force and the final result was a rectification of the customs practice for the benefit of the

economic interests involved, retroactive to 1 January 1958.

Thus as regards the facts of this case there is a distinction which we cannot ignore: The essential aim of the standstill provision of Article 12 is to prevent impediments to trade between Member States. This provision is based on practice, because in general economic transactions are actually geared to administrative practice. In our case the customs practice was for a long time disputed. But the dispute was settled in favour of the importers. Rectification of the practice by reason of the legal situation could not therefore in any way adversely affect commercial transactions.

If, therefore, when Article 12 is applied account is taken of a retroactive change in actual customs practice caused by a judgment given shortly after the Treaty entered into force, such a change cannot be regarded as an infringement of the standstill provision, but as an application of it which conforms to the general spirit of the Treaty.

Finally, there is still the question whether the customs practice of the Netherlands or of all the Benelux countries as at 1 January 1958 is taken as the determining factor. To settle this question, it is in my opinion possible to leave open the question whether in the customs union of the Benelux countries there existed at all any instrument to guarantee uniform customs practice with regard to the Common External Tariff. Likewise one can leave aside the question whether, apart from the Netherlands, there existed in the Benelux countries a practice relating to the product in question, and, if so, whether it developed in a different way, or whether the imports remained limited to the Netherlands. It seems to me that the legal appraisal of the question allows us no latitude. Unlike Article 19, which mentions four customs territories and therefore includes the Benelux territory, Article 12 mentions *Mem-*

ber States. From this the conclusion must be drawn that when interpreting the standstill rule in Article 12, which places the emphasis on the customs *practice* and not the *legal situation*, the factual situation in each Member State is the determining factor. Each of the Member States of the Treaty is answerable to all its partners and to the institutions of the Community for the implementation of the Treaty.

In my opinion, within the framework of Article 177, the Court cannot do more than lay down these guidelines for the interpretation of the second question. But they are sufficient to allow the Dutch court to apply the provisions of the Treaty correctly to its case—provided that it has to consider the direct application of Article 12.

To sum up, the following conclusions should be reached on the second question:

Article 12 has an absolute effect in respect of each individual product; it allows no exception either for the elimination of difficulties connected with a rearrangement of nomenclature, or for the benefit of regional unions within the Community. The question whether the introduction of a new customs tariff brings with it increases of duties must be determined according to the customs tariff applied in fact to each individual product on 1 January 1958. The determinative customs practice must be established without taking into account cases of false customs declarations. On the other hand regard must be had to the compulsory rectification of customs practice in the Netherlands shortly after the Treaty entered into force, resulting from the decision of an administrative court. Finally, the customs practice in each Member State is the determining factor.

IV — Conclusion

I propose that the Court should restrict its judgment to the first question and hold that Article 12 only contains an obligation on the part of the Member States.





Cour de Justice de l'Union européenne

50^{ème} anniversaire de l'arrêt *Van Gend en Loos*

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne

2013 — 316 p. — 15 x 23 cm

ISBN 978-92-829-1656-8

doi:10.2862/43367

