
REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT EUROPEAN



Revista română de
drept european

Abonamente și comenzi:

tel.: 031.224.41.50
fax: 031.224.41.01
redactie@wolterskluwer.ro
rrdc@wolterskluwer.ro
distributie@wolterskluwer.ro
www.wolterskluwer.ro

Orzari 86,
București 021554
Copyright © Wolters Kluwer

Editura Wolters Kluwer este recunoscută de
Consiliul Național al Cercetării Științifice din
Învățământul Superior

Copyright © 2011 - Toate drepturile rezervate Editurii Wolters Kluwer România. Nicio parte din această lucrare nu poate fi reprodușă, arhivată sau transmisă sub nicio formă și prin niciun fel de mijloace mecanice sau electronice fără permisiunea în scris din partea editorului.

Fondatori:

Prof. univ. dr. Corneliu Bîrsan

Prof. univ. dr. Victor Duculescu

Prof. univ. dr. Adrian Năstase

Prof. univ. dr. Andrei Popescu

Prof. univ. dr. Brândușa Ștefănescu

Director:

Prof. univ. dr. Andrei Popescu

Redactor-șef:

Conf. univ. dr. Daniel-Mihail Șandru

Redactor-șef adjunct:

Constantin Mihai Banu

Colegiul științific:

*Prof. univ. dr. Camelia Toader
judecător, Curtea de Justiție a Uniunii Europene*

*Prof. univ. dr. Elena Simina Tănăsescu
Facultatea de Drept, Universitatea din
București*

*Prof. univ. dr. Koen Lenaerts
Judecător, Curtea de Justiție a Uniunii Europene*

*Prof. univ. dr. Miguel Poires Maduro
Institutul Universitar European, Florența,
fost avocat general, Curtea de Justiție
a Uniunii Europene*

*Enzo Moavero Milanese
judecător, Tribunalul Uniunii Europene*

*Lector univ. dr. Raluca Bercea
Facultatea de Drept și Științe Administrative,
Universitatea de Vest, Timișoara*

*Prof. univ. dr. Pierre Mathijssen
avocat, fost director general
în cadrul Comisiei Europene*

*Dr. Michal Bobek
Institutul de drept european și comparat
Universitatea Oxford*

*Prof. univ. dr. Alfred Kellermann
secretar general al Institutului de drept public
și privat ASSER din Haga (Țările de Jos)*

*Prof. univ. dr. Marc Maresceau
director al Institutului de Studii Europene,
Universitatea din Gent (Belgia)*

*Prof. univ. dr. Irina Moroianu-Zlătescu
director, Institutul Român
pentru Drepturile Omului*

*Prof. univ. dr. Augustin Fuerea
Facultatea de Drept,
Universitatea din București*

*Dr. Ion Jinga
ambasador*



DOCTRINĂ

Reinhard ZIMMERMANN , Încercări pentru Institutul European de Drept	p. 15
Wouter P.J. WILS , Competențe ale UE de aplicare a regulilor în materia concurenței și drepturile și garanțiile procedurale: Raportul dintre dreptul UE, dreptul național și Carta drepturilor fundamentale a UE și Convenția europeană a drepturilor omului	p. 31
Mirjam De MOL , Küçükdeveci: Hotărârea Mangold revăzută – Efectul direct orizontal al unui principiu general al dreptului UE	p. 57
Václav STEHLÍK , Curtea Europeană de Justiție, dreptul la o instanță constituită prin lege și dreptul constituțional ceh	p. 71
Alfred KELLERMANN , Constitutional Developments since the Lisbon Treaty in the Area of Freedom, Security and Justice at Supranational Level and National Level	p. 86
Bucura Cătălina MIHĂESCU , Liability of the European Union for Acts of Its Institutions	p. 97
Ioana LUCA , The Impact of Keck Doctrine on Free Movement of Goods	p. 115

JURISPRUDENȚĂ

JURISPRUDENȚA INSTANȚELOR UNIUNII EUROPENE

(selecție și comentarii realizate de **Mihai BANU**)

TUE, Camera a șaptea, hotărârea din 30 septembrie 2010, cauza T-85/09, <i>Kadi/Comisia Europeană</i> , nepublicată încă în Repertoriu	p. 127
CJ, Marea Cameră, hotărârea din 5 octombrie 2010, cauza C-173/09, <i>Elchinov</i> , nepublicată încă în Repertoriu	p. 134
CJ, Camera a treia, hotărârea din 5 octombrie 2010, cauza C-400/10 PPU, <i>McB./E.</i> , nepublicată încă în Repertoriu	p. 136
CJ, Marea Cameră, hotărârea din 26 octombrie 2010, cauza C-482/08, <i>Regatul Unit/Consiliul</i> , nepublicată încă în Repertoriu	p. 140
CJ, Marea Cameră, hotărârea din 9 noiembrie 2010, cauza C-137/08, <i>Schneider</i> , nepublicată încă în Repertoriu	p. 144
CJ, Camera a opta, ordonanța din 16 noiembrie 2010, cauza C-73/10 P, <i>Internationale Fruchthandlungsgesellschaft Weichert/Comisia Europeană</i> , nepublicată încă în Repertoriu	p. 148
CJ, Camera a treia, hotărârea din 18 noiembrie 2010, cauza C-322/09 P, <i>NDSHT/Comisia Europeană</i> , nepublicată încă în Repertoriu	p. 151
CJ, Marea Cameră, hotărârea din 23 noiembrie 2010, cauza C-145/09, <i>Tsakouridis</i> , nepublicată încă în Repertoriu	p. 154

RECENZII

- p. 161 **Miguel POIARES MADURO și Loïc AZOULAI (ed.)**, The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty
- p. 176 **Elsa Bernard**, La spécificité du standard juridique en droit communautaire
- p. 187 **Albert SÁNCHEZ GRAELLS**, Public Procurement and the EU Competition Law
- p. 195 **F.O.W. VOGELAAR**, The EU Competition Rules. Landmark Cases of the European Courts and the European Commission

DOCTRINE

Reinhard ZIMMERMANN , Épreuves pour l'Institut de Droit Européen	p. 15
Wouter P.J. WILS : Compétence de l'UE pour l'application de règles à la concurrence et les droits et les garanties procédurales: Rapport entre le droit UE, le droit national et la Charte des droits fondamentaux de l'UE et la Convention européenne des droits de l'homme	p. 31
Mirjam De MOL , Kucukdeveci: Décision Mangold révisée – L'effet direct horizontal d'un principe général du droit de l'UE	p. 57
Vaclav STEHLIK , Cour Européenne de Justice, le droit à un tribunal établi par la loi et le droit constitutionnel tchèque	p. 71
Alfred KELLERMANN , Développements constitutionnels depuis le traité de Lisbonne dans l'Espace de Liberté, Sécurité et Justice au niveau supranational et niveau national	p. 86
Bucura Cătălina MIHĂESCU , Responsabilité de l'Union européenne pour les actes de ses institutions	p. 97
Ioana LUCA , L'impact de doctrine Keck sur la libre circulation des biens	p. 115

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE

(sélection et commentaires réalisés par **Mihai BANU**)

TUE, septième chambre, arrêt du 30 septembre 2010, affaire T-85/09, <i>Kadi contre Commission européenne</i> , non encore publié au Recueil	p. 127
CJ, grande chambre, arrêt du 5 octobre 2010, affaire C-173/09, <i>Elchinov</i> , non encore publié au Recueil	p. 134
CJ, troisième chambre, arrêt du 5 octobre 2010, affaire C-400/10 PPU, <i>McB. contre E.</i> , non encore publié au Recueil	p. 136
CJ, grande chambre, arrêt du 26 octobre 2010, affaire C-482/08, <i>Royaume-Uni contre Conseil</i> , non encore publié au Recueil	p. 140
CJ, grande chambre, arrêt du 9 novembre 2010, affaire C-137/08, <i>Schneider</i> , non encore publié au Recueil	p. 144
CJ, huitième chambre, ordonnance du 16 novembre 2010, affaire C-73/10 P, <i>Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert contre Commission européenne</i> , non encore publié au Recueil	p. 148
CJ, troisième chambre, arrêt du 18 novembre 2010, affaire C-322/09 P, <i>NDSHT contre Commission européenne</i> , non encore publié au Recueil	p. 151
CJ, grande chambre, arrêt du 23 novembre 2010, affaire C-145/09, <i>Tsakouridis</i> , non encore publié au Recueil	p. 154

LES REVUES

- p. 161 **Miguel POIARES MADURO și Loïc AZOULAI (ed.)**, The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty
- p. 176 **Elsa BERNARD**, La spécificité du standard juridique en droit communautaire
- p. 187 **Albert SÁNCHEZ GRAELLS**, Public Procurement and the EU Competition Law
- p. 195 **F.O.W. VOGELAAR**, The EU Competition Rules. Landmark Cases of the European Courts and the European Commission

STUDIES AND ARTICLES

Reinhard ZIMMERMANN , Challenges for the European Law Institute	p. 15
Wouter P.J. WILS , EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights	p. 31
Mirjam De MOL , Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law	p. 57
Václav STEHLÍK , The European Court of Justice, the right to a statutory judge and the Czech constitutional law	p. 71
Alfred KELLERMANN , Constitutional Developments since the Lisbon Treaty in the Area of Freedom, Security and Justice at Supranational Level and National Level	p. 86
Bucura Cătălina MIHĂESCU , Liability of the European Union for Acts of Its Institutions	p. 97
Ioana LUCA , The Impact of Keck Doctrine on Free Movement of Goods	p. 115

CASE-LAW

CASE-LAW OF THE EU COURTS

(selection and notes by **Mihai BANU**)

CFI, Seventh Chamber, Judgment of 30 September 2010, Case T-85/09, <i>Kadi v European Commission</i> , not yet reported	p. 127
ECJ, Grand Chamber, Judgment of 5 October 2010, Case C-173/09, <i>Elchinov</i> , not yet reported	p. 134
ECJ, Third Chamber, Judgment of 5 October 2010, Case C-400/10 PPU, <i>McB. v E.</i> , not yet reported	p. 136
ECJ, Grand Chamber, Judgment of 26 October 2010, Case C-482/08, <i>United Kingdom v Council</i> , not yet reported	p. 140
ECJ, Grand Chamber, Judgment of 9 November 2010, Case C-137/08, <i>Schneider</i> , not yet reported	p. 144
ECJ, Eight Chamber, Order of 16 November 2010, Case C-73/10 P, <i>Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert v European Commission</i> , not yet reported	p. 148
ECJ, Third Chamber, Judgment of 18 November 2010, Case C-322/09 P, <i>NDSHT v European Commission</i> , not yet reported	p. 151
ECJ, Grand Chamber, Judgment of 23 November 2010, Case C-145/09, <i>Tsakouridis</i> , not yet reported	p. 154

BOOK REVIEW

- p. 161 **Miguel POIARES MADURO și Loïc AZOULAI (ed.)**, The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty
- p. 176 **Elsa BERNARD**, La spécificité du standard juridique en droit communautaire
- p. 187 **Albert SÁNCHEZ GRAELLS**, Public Procurement and the EU Competition Law
- p. 195 **F.O.W. VOGELAAR**, The EU Competition Rules. Landmark Cases of the European Courts and the European Commission

AELS	Asociația Europeană a Liberului Schimb
AUE	Actul Unic European
BCE	Banca Centrală Europeană
CE	Comunitatea Europeană / Tratatul de instituire a Comunității Europene
CECO	Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului / Tratatul de instituire a Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului
CEDO	Convenția Europeană a Drepturilor Omului / Curtea Europeană a Drepturilor Omului
CEEA	Comunitatea Europeană a Energiei Atomice / Tratatul de instituire a Comunității Europene a Energiei Atomice
CEE	Comunitatea Economică Europeană / Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene
CJCE	Curtea de Justiție a Comunităților Europene
CJUE	Curtea de Justiție a Uniunii Europene (după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona)
CML Rev	Common Market Law Review (Kluwer Law International)
COREPER	Comitetul reprezentanților permanenți
DG	Direcția Generală (din cadrul Comisiei)
ECR (urmat de anul apariției)	European Court Reports (ediția în limba engleză; din anul 1989, partea I – hotărârile CJCE, partea a II-a – hotărârile TPI)
en.	englez / britanic
ELR	European Law Review
Euratom	Comunitatea Europeană a Energiei Atomice (v. și CEEA) / Tratatul de instituire a Comunității Europene a Energiei Atomice
FEI	Fondul european de investiții
fr.	Francez(ă)
FSE	Fondul social european
<i>ibidem</i>	în același loc
<i>idem</i>	același autor
JAI	Justiție și Afaceri Interne
JO	Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (seria „L” – Legislație, seria „C” – Comunicări și Informații)
lit.	litera
M. Of.	Monitorul Oficial al României
n.a./ n.n.	nota autorului / nota noastră (a autorului)

n.t.	nota traducătorului
par.	paragraful
pct.	punctul
PE	Parlamentul European
PESC	Politica Externă și de Securitate Comună
P.R.	Pandectele Române
Rec. (eventual urmat de anul apariției)	recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance des Communautés européennes (ediția în limba franceză; din anul 1989, partea I – hotărârile CJCE, partea a II-a – hotărârile TPI)
Rep. (eventual urmat de anul apariției)	(începând cu anul 2007) Repertoriul jurisprudenței Curții de Justiție a Comunităților Europene și a Tribunalului de Primă Instanță a Comunităților Europene (ediția în limba română) (partea I - hotărârile CJCE; partea a II-a - hotărârile TPI)
R.R.D.A.	Revista română de drept al afacerilor
R.R.D.E. (C)	Revista română de drept european (comunitar)
R.R.D.M.	Revista română de dreptul muncii
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen (Editions Dalloz)
SEE	Spațiul Economic European
subl. ns./s.n.	sublinierea noastră (a autorului)
TFP	Tribunalul Funcției Publice al Uniunii Europene
TFUE	Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (Tratatul de la Lisabona)
TPI	Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene
TUE	Tratatul privind Uniunea Europeană/ Tribunalul Uniunii Europene (după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona)
UE	Uniunea Europeană
UEM	Uniunea Economică și Monetară

DOCTRINĂ



Încercări pentru Institutul European de Drept*

Reinhard ZIMMERMANN**

Abstract

This article is the speech held at the ceremony for the establishment of the European Law Institute (ELI) in Paris.

As co-chairman of the Founding, the author reveals the essential features of the future institute and its mode of organization - membership of the ELI, the organization of the institute, the variety of professions and disciplines in ELI, the reflection of the different traditions and legal cultures of Europe, the place of ELI compared to other European organizations (associations) and the global perspective of ELI.

Keywords: *The European Law Institute; comparative law; European law*

I. Paris 1900

„Puisqu'il y a un mouvement irrésistible de pénétration juridique et législative, peut-il y avoir et doit-il y avoir une science qui ait pour objet, non seulement d'observer ce mouvement, qui vient de la nature et qui vient de l'homme, mais de le régler, de le discipliner, de le diriger, s'il le peut? Cette science-là, si elle existe et si elle peut exister, sera vraiment, non plus la méthode comparative ou la méthode de Droit comparé, mais la science du Droit comparé, au sens juridique du mot”¹: astfel a descris Raymond Saleilles chestiunea centrală aflată pe ordinea de zi a Congresului internațional de drept comparat de la Paris. El a vorbit la *séance générale de clôture* din 4 august 1900, iar discursul său, care a culminat cu un apel emoționant la „un grand amour de l'humanité et un grand amour du droit et de la justice”² a fost urmat de „triple salve d'applaudissements”³.

* Discursul cu titlul „*Challenges for the European Law Institute*” a fost susținut la 1 iunie 2011 la Paris, în cadrul ceremoniei de deschidere a Institutului European de Drept. Discursul se republică în traducere cu acordul autorului său. [Traducere de Mihai Banu].

** Director al Max-Planck – Institut für Privatrecht [Institutul Max Planck de drept privat], Hamburg.

¹ „Întrucât există un impuls irezistibil de penetrare juridică și legislativă, poate exista și trebuie să existe o știință care are ca obiect nu numai observarea acestei mișcări, care vine de la natură și care vine de la om, ci reglarea, disciplinarea, conducerea ei, dacă se poate? Această știință, dacă există și dacă poate exista, nu va mai fi într-adevăr metoda comparativă sau metoda dreptului comparat, ci știința Dreptului comparat, în sensul juridic al cuvântului” (fr., orig.) [n.t.].

² „O mare iubire a umanității și [la] o mare iubire a dreptului și a justiției” (fr., orig.) [n.t.].

³ „Trei rânduri de aplauze” (fr., orig.) [n.t.].

În prezent, Congresul de la Paris din 1900 este considerat în mod curent a fi stimulat apariția dreptului comparat ca disciplină specifică ori ramură a studiilor juridice. Astăzi, cred, se poate afirma că dreptul comparat a devenit un domeniu de studiu și de cercetare viu și stimulator din punct de vedere intelectual, iar viziunile inspiratoare ale lui Saleilles, Edouard Lambert și ale multor alți vorbitori la acel congres au devenit astfel realitate, cel puțin într-o oarecare măsură. Una din principalele sarcini ale studiului juridic comparat, potrivit lui Lambert, era unificarea internațională a dreptului. El afirma: „L'action unificatrice attribuée au droit comparé [...] se bornera à effacer progressivement les diversités accidentelles entre législations régissant des peuples de même civilisation”. Această afirmație ridică un număr de întrebări. Diferențele care divizează legislațiile statelor națiune moderne sunt cu adevărat accidentale? Nu trebuie ca juriștii comparațiști să se centreze asupra a mult mai mult decât a legislației? Este unificarea juridică dezirabilă în egală măsură pentru toate domeniile de drept? Și astăzi sunt prezente acestea și multe alte întrebări. Cu toate acestea, dreptul comparat a îmbrățișat cu entuziasm sarcina pregătirii terenului pentru unificarea juridică, atât la nivel global, cât și european. De asemenea, de-a lungul ultimilor două decenii europeanizarea studiilor juridice a realizat un progres considerabil. A fost realizată astfel o bibliotecă europeană considerabilă: monografii, manuale, repertorii privind cauze, reviste care acoperă o gamă întreagă de discipline juridice. Amprenta autentică a studiilor de drept comparat sub auspiciile europeanizării a fost totuși proliferarea surprinzătoare de grupuri de lucru transnaționale. Interacțiunea generată de acelea a condus la o schimbare semnificativă de mentalitate, în special în cadrul generației mai tinere de specialiști în drept.

II. Paris 2011

Nu cred că cineva din public, presupun, nu va realiza că Parisul este un loc puternic simbolic pentru congresul inaugural al unei noi inițiative care vizează și reunirea juriștilor din multe țări diferite. El evocă amintiri a ceea ce a fost desemnat ca „*belle époque* a dreptului comparat” și idealismul cu care predecesori de-ai noștri au urmărit să învingă naționalismul juridic și politic care predomina atunci. Ne reamintește însă și diferența care ne separă în funcție de abordările vizate, de sentimentele exprimate, de limbajul impozant și de sarcinile atacate acum 111 ani.

Noua inițiativă pentru care acesta constituie congresul inaugural este Institutul European de Drept⁴ (denumit în continuare „IED”). Înființarea unui astfel de Institut a fost sugerată în repetate rânduri sau a fost chiar cerută de-a lungul ultimilor zece sau cincisprezece ani, în special în vederea anumitor deficite structurale care stânjenesc armonizarea dreptului în Europa. Aceste apeluri au determinat înființarea unei Asociații pentru un Institut European de Drept⁵ (denumită în continuare „AIED”), pe de o parte, și o conferință internațională organizată de către Institutul Universitar European de la Florența⁶ (denumit în continuare „IUE”) având titlul „A European Law Institute? Towards Innovation in European Legal Integration”, pe de altă parte. Contribuțiile la această din urmă conferință au arătat un acord răspândit în sensul că înființarea unui Institut European de Drept este extrem de dezirabilă. El ar putea constitui, pentru a utiliza o expresie inventată acum 200 de ani, chiar parte a „vocației”

⁴ „European Law Institute” (en., orig.) [n.t.].

⁵ „Association for a European Law Institute” (en., orig.) [n.t.].

⁶ „European University Institute” (en., orig.) [n.t.].

timpului nostru în chestiuni referitoare la drept și la studiile juridice. Mai multe reuniuni și discuții subsecvente au condus ulterior la o inițiativă comună care, în schimb, a avut ca rezultat înființarea IED la Atena cu șase săptămâni în urmă.

Este sarcina mea astăzi, în calitate de președinte (împreună cu dr. Irmgard Griss) al comitetului de constituire, să vă familiarizez cu caracteristicile esențiale ale acestui Institut și cu modul său de funcționare. Voi încerca să fac aceasta prin sublinierea unui număr de dificultăți precise cu care se confruntă Institutul. Mă voi referi episodic la o inițiativă pe care toată lumea care a scris despre IED a menționat-o ca sursă de inspirație: Institutul American de Drept⁷. Înființarea sa a fost pregătită de către un „Comitet pentru înființarea unei organizații permanente pentru îmbunătățirea dreptului”⁸, prezidat de către fostul secretar de stat Elihu Root. Numele comitetului indică programul său, precum o face, în detaliu, carta Institutului American de Drept: obiectul său precis de activitate se afirmă că este „promovarea clarificării și simplificării dreptului și a adaptării sale îmbunătățite la nevoile sociale, asigurarea unei administrări mai bune a justiției și încurajarea și desfășurarea activității juridice de specialitate și științifice”. Aceasta rezonază cu siguranță cu obiectivele IED, precum sunt precizate la art. 3 din statutul său; el îndeamnă un cititor european și să reflecteze asupra strategiei privind calitatea reglementării a Comisiei Europene. „Dreptul european se află în centrul a ceea ce face specială Uniunea Europeană”, precum explică președintele Comisiei Europene, și de asemenea „trebuie să ne asigurăm că dreptul și reglementările europene sunt bine orientate, puse corect în aplicare la nivelul corect și în mod proporțional cu nevoile”. Ameliorarea calității reglementării a devenit una dintre „prioritățile centrale” ale Comisiei [Europene]; și cred că IED va face tot ce va putea să contribuie la ea.

Institutul American de Drept a fost constituit la 23 februarie 1923, adică acum 88 de ani. Ar fi nesocotit să nu ne întrebăm ce putem învăța din experiențele sale.

III. Calitatea de membru

Prima încercare, destul de evidentă, cu care se confruntă IED este construirea componenței sale. Institutul American de Drept este constituit din aproape 4000 de juriști, judecători și profesori de drept din toate zonele Statelor Unite, precum și din multe țări străine. Până în prezent, IED are 52 de membri fondatori. Ei provin din 21 de țări diferite; ei includ profesori, judecători, funcționari din justiție, funcționari din publicitatea funciară, notari, avocați cu clientelă privată; ei sunt specializați în drept privat, drept public, drept procesual, drept internațional privat sau în dreptul Uniunii Europene; și reprezintă aproximativ 20 de rețele sau organizații diferite active în domeniul dreptului european. Lista membrilor fondatori reflectă, în esență, geneza IED, întrucât s-a considerat atât adecvat, cât și oportun să fie implicate și reunite două organizații care au inițiat procesul de creare a IED, adică AIED și IUE. Ambele inițiative au părut a se completa foarte bine una pe cealaltă. În timp ce AIED s-a întemeiat pe adeziuni individuale (în scurt timp a reușit să atragă mai mult de 300 de membri), IUE a invitat reprezentanți ai unei lungi liste de „rețele” active, într-un fel sau altul, în domeniul dreptului european. Fiecare din cele trei grupuri de lucru însărcinate cu redactarea statutului,

⁷ „American Law Institute” (en., orig.) [n.t.].

⁸ „Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law” (en., orig.) [n.t.].

cu stabilirea componenței comitetului de constituire și cu pregătirea prezentului congres a fost coordonat de către un membru al IUE, un membru al consiliului AIED și un terț ales de către cele două. Prin urmare, membrii comitetului de constituire, astfel stabiliți de către unul din aceste grupuri de lucru, au fost, în esență, cei care au devenit membrii fondatori ai Institutului. Unii dintre ei fuseseră anterior membri ai consiliului AIED, în timp ce alții reprezintă organizații ori rețele profesionale sau științifice. Însă acești membri fondatori nu au făcut decât să funcționeze IED. Calitatea de membru este deschisă pentru toate persoanele fizice care doresc să contribuie în mod activ la dezvoltarea dreptului european, atât timp cât se angajează să procedeze astfel de baza propriilor convingeri personale și profesionale, fără a ține cont de interesele unor actori specifici. Ele trebuie, cu alte cuvinte, să fie independente. Statutul se referă la astfel de persoane ca membrii activi⁹. Membrii activi sunt acceptați de consiliul IED cu votul majorității de două treimi. Prin formularul de înscriere al IED toți cei invitați la acest congres au fost întrebați dacă ar dori să fie avuți în vedere pentru aderarea la IED. Există și alte categorii de membri, adică membrii activi din oficiu, observatori individuali și observatori instituționali; detaliile reies din art. 8 din statut. Spre deosebire de Institutul American de Drept, nu a fost stabilită nicio limită superioară pentru numărul de membri. Este evident că IED urmărește să fie deschisă, mai curând decât elitistă. Nu este o academie. În special, ea încurajează generația tânără de juriști să adere. Cel puțin doi membri ai acelei generații se află în primul consiliu.

IV. Organizare

O a doua încercare, probabil la fel de evidentă, pentru Institutul European de Drept constă în stabilirea unui mod regulat de funcționare și, în special, coordonarea variilor organe din care constă IED. Unele dintre trăsăturile cheie ale structurii de conducere și control a IED par a fi inspirate de Institutul American de Drept, întrucât asemenea acestuia din urmă el [IED] are o adunare generală (care este constituită din toți membrii activi ai IED), un consiliu extins (constând, în situația IED, din 60 de persoane, în cazul Institutului American de Drept din până la 65 de persoane) și un comitet executiv compus din președinte, vicepreședinte, trezorier și din patru membri obișnuiți. Membrii consiliului sunt aleși de adunarea generală, membrii comitetului executiv de consiliu dintre membrii consiliului. În temeiul dreptului belgian, IED va fi înregistrată ca *Association internationale sans but lucratif*, care a fost considerată drept cea mai flexibilă și, în consecință, cea mai convenabilă formă de înregistrare disponibilă. În sensul dreptului belgian, o astfel de asociație are un „organ director general” și un „organ de administrare general”. Potrivit statutului, adunarea generală este „organul director general”. Astfel, el nu alege doar membrii consiliului, ci aprobă și conturile și bugetul; el trebuie să aprobe rezultatele proiectelor asociației. În schimb, Consiliul este „organul de administrare general”; el joacă un rol cheie în special în gestiunea proiectelor IED. S-ar fi putut crede că cu un Consiliu extins de până la 60 de membri Consiliul ar fi putut deveni un „organ director general”, iar comitetul executiv „organul de administrare general”. Chestiunea a fost discutată pe larg; în esență, structura actuală a fost considerată totuși ca preferabilă, întrucât, prin implicarea

⁹ „Fellows” (en., orig.) [n.t.].

membrilor activi ai IED într-un mod mai cuprinzător în funcționarea IED, el oferă un grad mai mare de legitimitate.

O trăsătură particulară a IED este aceea că are un „Senat”. Senatul este „organ consultativ compus din persoane [...] cu reputație excelentă” care sunt alese pe viață. Primii zece membri sunt aleși de primul consiliu; ulterior, Senatul poate coopta noi membri, în măsura în care nu este atinsă o limită de 21 de membri având mai puțin de 80 de ani. Senatul trebuie informat de consiliu cu privire la acțiunile și deciziile adoptate de consiliu; și este abilitat să „facă recomandări și să dea avize, din proprie inițiativă sau la consultarea oricărui alt organ al asociației”. În plus, Senatul răspunde de soluționarea litigiilor interne.

În sfârșit, IED trebuie să aibă desigur un secretariat. A fost emisă o cerere de ofertă pentru sediul său¹⁰. Din termenii acelei cereri reiese că IED nu se va constitui încă într-o altă mare birocrație. Secretariatul va consta dintr-un secretar general cu normă întreagă și dintr-un mic serviciu de sprijin, inclusiv un secretar și un specialist IT. Va avea mai curând caracter de remorcher decât de pachebot. Nu este de așteptat ca secretariatul să desfășoare vreunul din proiectele IED. El va supraveghea și coordona activitatea care se realizează în cadrul IED, va constitui bazele de date necesare, va organiza adunarea generală, precum și celelalte reuniuni ale organelor IED, va înființa și întreține un site public într-un mod care să favorizeze o participare largă a membrilor IED la activitățile IED și va elabora un buletin informativ cu privire la astfel de activități și la alte evoluții în curs în privința dreptului european. El va facilita comunicarea în interiorul IED, precum și între IED și toate celelalte rețele ori organizații responsabile sau care au interes în privința dezvoltării dreptului european. Sediul secretariatului se va afla, pentru o perioadă inițială de patru ani, într-un singur loc; în cursul ultimului an al acelei perioade se va adopta o decizie dacă secretariatul va continua să se afle în acel loc sau se va muta în altă parte. Postul de secretar general va fi anunțat cât mai curând posibil.

IED are, în ansamblu, o structură mai curând complexă. Va fi necesar un anumit efort din partea tuturor celor implicați pentru a se asigura că el funcționează fără piedici și că variile organe dezvoltă un model de interacțiune care găsește un echilibru între eficiență și legitimitate.

V. Varietatea profesiilor

Membrii fondatori ai IED provin dintr-o gamă largă de profesii juridice. Este evident totuși că procesul de înființare a fost dominat de către universitari din domeniul juridic. O încercare importantă pentru IED constă astfel în a implica în activitățile IED într-o măsură mai mare decât a fost posibil până în prezent judecători, funcționari din justiție, notari, avocați cu clientelă privată, juriști implicați în procesul legislativ și alți profesioniști în drept. Cooperarea foarte strânsă între universitari și practicieni în drept este una din caracteristicile Institutului American de Drept și unul dintre secretele reușitei sale. Toate cele șapte persoane care au

¹⁰ Ulterior, sediul Institutului a fost stabilit la (Universitatea din) Viena; <http://www.europeanlawinstitute.eu/eli/news-events/> [n.t.].

semnat cartă Institutului American de Drept erau practicieni în drept, în special judecători, printre ei un fost și un viitor președinte al Curții Supreme a SUA. Majoritatea semnatarilor activau în districtul Columbia. Chiar și în prezent, mai puțin de un sfert din membrii Consiliului Institutului American de Drept sunt universitari. Această realitate ne poate spune ceva despre prestigiul practicii juridice în raport cu studiile juridice în Statele Unite și, respectiv, în Europa: cu privire la *Rechtshonoratioren* (Max Weber), sau notabili în drept, care au fost considerați a juca cel mai prominent rol în dezvoltarea unui sistem de drept. Ar trebui însă să ne reamintească că, chiar în Europa, dreptul a fost modelat și va continua să fie modelat de universitari și de practicieni: de „judecători, legiuitori și profesori”¹¹ (pentru a cita titlul binecunoscutei cărți a lui Raoul van Caenegem). Trebuie menționat, în același timp, că nu au existat multe forumuri, fie ele la nivel național sau supranațional, pentru discuții și cooperare între varii ramuri ale profesiei juridice. De aceea a fost înființat Forumul juriștilor europeni¹² (*Journée des Juristes Européens, Europäischer Juristentag*), care a ținut conferințe bianuale cu începere din 2001. Tocmai a avut loc, acum două săptămâni, al șaselea Forum al juriștilor europeni, la Luxemburg. El s-a întemeiat pe ideea *Juristentag*, organizat pentru prima oară în 1860 la Berlin, care urmărea și urmărește reunirea practicienilor și universitarilor pentru a discuta probleme juridice contemporane și pentru a influența dezvoltarea judiciară și legislativă a dreptului. Acest model a avut un succes remarcabil în Germania și într-un număr de alte jurisdicții, aflate în strânsă legătură cu aceasta; însă influența omologului său european asupra dezvoltării dreptului european a rămas, până acum, redusă. Această situație are mai multe motive. Unul dintre acestea este că Forumul juriștilor europeni este itinerant; el constă, în esență, într-un congres extins, care este organizat odată la doi ani de către guvernul unei alte țări europene și care prezintă, cu fiecare ocazie, trei teme care sunt considerate a fi atât importante, cât și de actualitate. De obicei, sunt pregătite, prezentate și discutate mai multe expuneri și un raport general.

Există astfel loc pentru o organizație care supraveghează, evaluează și stimulează dezvoltarea dreptului european pe o bază mai permanentă și mai sistematică și care este angajată să respecte principiul independenței, adică să nu fie întreținută de vreun guvern sau de către o altă organizație politică sau economică, ci doar de însuși juriștii europeni. Întrucât nu are caracter permanent și nici centru instituțional, Forumul juriștilor europeni nu se va putea angaja în vreun dialog semnificativ cu Comisia Europeană sau nu va putea să fie disponibil pentru consultare și observații critice într-un mod continuu; Institutul European de Drept poate. Desigur, se poate imagina cu ușurință o anumită coordonare a activităților Forumului juriștilor europeni și IED, având în vedere varietatea profesională care reprezintă o trăsătură caracteristică a ambelor organizații.

VI. Varietatea disciplinelor

Membrii fondatori ai IED activează într-o mare varietate de discipline juridice: drept public și drept privat, drept material și procedural. Cu toate acestea, juriștii din dreptul privat au fost

¹¹ „Judges, legislators and professors” (en., orig.) [n.t.].

¹² „European Jurist’s Forum” (en., orig.) [n.t.].

cei implicați în special în procesul de înființare. Aceasta este consecință a faptului că în cursul ultimilor 20 de ani europeanizarea dreptului privat a fost o preocupare centrală a agendei juridice europene. De asemenea, dreptul privat s-a aflat în mod tradițional, din mai multe motive, în centrul atenției studiilor juridice comparative care au încercat să deschidă calea înspre o armonizare internațională a dreptului. În același timp totuși, dreptul UE este, în esență, o ramură de drept public; Curtea Europeană de Justiție este deseori menționată, într-un mod care induce în eroare, drept Curte Constituțională a Uniunii Europene: a fost dezvoltat și un corp impresionant al unui autentic drept administrativ european. IED va trebui astfel să întreprindă eforturi considerabile pentru a implica juriști administrativi și constituționali, precum și juriști din alte subdiscipline juridice care până în prezent au fost subreprezențați: drept penal (poate din punct de vedere istoric ramura de drept cea mai strâns asociată cu suveranitatea) și drept internațional public, dar și drept internațional privat, dreptul muncii, dreptul societăților comerciale sau dreptul concurenței. Întrucât a existat un acord general, încă de la început, că IED trebuie să fie cuprinzătoare, în privința disciplinelor juridice.

IED poate astfel acționa, să sperăm, și ca antidot împotriva specializării în creștere care amenință de ceva timp integritatea dreptului. De-a lungul Europei au fost înființate nenumărate noi reviste, care se centrează în mod exclusiv asupra unor noi subdiscipline: dreptul securității sociale, dreptul sportului, dreptul circulației rutiere, dreptul achizițiilor publice, dreptul insolvenței etc.; și cu acestea și alte publicații specializate, astfel de domenii tind să se îndepărteze de orizontul intelectual al nespecialistului. Fiecare nouă subdisciplină juridică își dezvoltă propriile structuri, propriile noțiuni, propriul discurs; și aceasta este adevărat chiar pentru dreptul Uniunii Europene. Tendința este inevitabilă într-o anumită măsură. Pentru a putea realiza o contribuție originală la studiul juridic, un specialist trebuie să sondeze cât mai adânc posibil în domeniul său de studiu; și astfel noi toți tindem să știm din ce în ce mai mult despre din ce în ce mai puțin. Același lucru este adevărat pentru multe domenii ale practicii juridice. În același timp, ne aflăm în pericol să pierdem totuși din vedere valorile fundamentale care susțin sistemele noastre juridice și moștenirea noastră juridică în întregime sa. Programele de studii ale facultăților noastre de drept nu contrabalansează această evoluție, odată ce ele au tins să reducă în importanță subiectele fundamentale, precum istoria dreptului și teoria dreptului, adică acele subiecte care sunt esențiale pentru o reflecție critică asupra dreptului. Specialiștii se află întotdeauna în pericol să adopte și să ia de bună o perspectivă distorsionată. Dreptul european al contractelor oferă un bun exemplu într-un domeniu de studiu amenințat constant de o perspectivă distorsionată având în vedere că sursa legitimității sale este considerată a fi contribuția sa la funcționarea pieței interne. Dreptul contractelor este însă mult mai mult decât un instrument convenabil pentru instituirea de piețe. Întemeindu-se pe libertatea contractuală, aceasta este un mijloc de promovare a autodeterminării ființelor umane autonome (deși, desigur, un contract poate fi acceptat de către comunitatea juridică dacă este rezultatul unei decizii autonome a *ambelor* părți în cauză).

Există astăzi foarte puține forumuri care urmăresc angajarea juriștilor dintr-un domeniu de studiu sau de practică într-un dialog cu cei din altele. Juriștii din dreptul privat și juriștii din dreptul public tind să formeze asociații separate și să se întâlnească la congrese diferite și chiar în interiorul aceluiași domeniu de drept privat există granițe invizibile, însă eficiente, care separă juriștii din domeniul contractelor, juriștii din dreptul familiei, juriștii din domeniul drepturilor

reale, juriștii din domeniul răspunderii civile delictuale, juriștii din domeniul dreptului societăților comerciale etc. IED este menit să fie un loc în care juriști să își poată da seama de „ochelarii de cal” din perspectiva propriei discipline; unde ei înțeleg că diviziunea între dreptul public și dreptul privat nu este atât de evidentă și adânc înrădăcinată în anumite ordini juridice precum este în altele (dreptul anglo-saxon¹³ oferă, probabil, cel mai bun exemplu); și unde ei pot înțelege clar că, în prezent, granițele stabilite între discipline se estompează. Cunoaștem toți fenomenul infiltrării graduale în dreptul privat a drepturilor și valorilor consacrate în constituțiile noastre și în Convenția europeană a drepturilor omului, înțelegem că din ce în ce mai multe domenii de drept (dreptul concurenței, dreptul fiscal etc.) nu mai pot fi clasificate a aparține dreptului public sau dreptului privat, vedem cum statul formalizează raporturile între particulari și, de asemenea, cum dreptul privat este utilizat din ce în ce mai mult ca mijloc de reglementare a economiei și am început astfel în esență să contestăm și să regândim raporturile între autoritatea privată și cea publică.

VII. Tradiția juridică/tradițiile juridice

IED trebuie să fie cuprinzător și într-o altă privință, la fel de importantă: el trebuie să reflecte diversitatea „tradițiilor juridice” și „culturilor juridice” din cadrul Europei. Aceasta a fost accentuată, în repetate rânduri, în varii documente care au fost prezentate în procesul de înființare a IED. Ambii termeni ridică totuși mai multe întrebări. Potrivit lui Zweigert și Kötz, dreptul european este constituit din patru familii de drept: roman, german, nordic și dreptul englez „common law”. Pe de altă parte, Patrick Glenn se referă doar la tradiția de drept civil și la cea de „common law”. Harold J. Berman consideră Europa ca leagăn al unei tradiții juridice „occidentale”. René David și Camille Jauffret-Spinosi, făcând referire la noțiunea de familii de drept (precum Zweigert și Kötz), disting doar între două din acelea (asemenea lui Glenn). Există însă și aceia care leagă noțiunea de tradiție juridică ori de cultură juridică de statul națiune modern. Am avea atunci 27 sau chiar mai multe culturi juridice (Scoția, Catalonia) chiar în interiorul Uniunii Europene. Cum se raportează una la cealaltă noțiunile de familii de drept, tradiții juridice și culturi juridice? Care este valoarea lor epistemologică? Care este punctul lor de referință? Nu cumva avem de-a face cu măști convenabile pentru perpetuarea anumitor mituri și prejudecăți? Raportul dintre drept și cultură ori cultură juridică este cu siguranță mai complex decât se insinuează deseori.

Exempla docent. Exemplul ales aici provine dintr-o materie juridică, dreptul succesoral, care este considerat de obicei atât foarte stabil, cât și modelat în mod distinct de caracteristici culturale; se spune că aparține „sufletului” culturii unei națiuni și, prin urmare, nu este adecvat pentru un studiu comparativ, ca să nu mai vorbim despre armonizare juridică. Ce cerințe de formă trebuie să respecte un testator dacă dorește să facă un testament? Dreptul german recunoaște testamentul olograf și testamentul public, Țările de Jos doar testamentul public, iar dreptul englez doar testamentul cu martori. Or, până la sfârșitul secolului al XIX-lea, testamentul cu martori a fost recunoscut în multe părți din Germania; dreptul roman-olandez

¹³ „Common law” (en., orig.) [n.t.].

recunoscuse și el testamentul cu martori (doar cu cinci martori, mai curând decât cu șapte, în mod normal), iar tribunalul ecleziastic introdusese, la sfârșitul secolului al XVI-lea, testamentul olograf în Anglia. În consecință, cerințele de formă recunoscute în prezent pentru testamente în Germania, Țările de Jos ori Anglia pot fi considerate cu greu a fi adânc înrădăcinate și a constitui o trăsătură caracteristică a culturilor juridice a acelor țări. În plus, nu există o explicație culturală plauzibilă de ce două țări atât de strâns legate precum Țările de Jos și Germania nu ar trebui fie să recunoască, fie să respingă testamentul olograf convenabil. Dreptul german ar fi, într-adevăr, foarte aproape să fi respins testamentul olograf presupus francez și, în consecință, străin; a reușit să-l strecoare în *Bürgerliches Gesetzbuch* [Codul civil german] doar în chiar ultimul moment. Diferențele dintre sistemele juridice pot fi astfel într-adevăr „accidentale”, precum subliniasse Lambert la Congresul de la Paris din 1900. Aceasta nu înseamnă totuși că odată ce un sistem juridic a adoptat un tip de testament, acesta nu din urmă nu poate fi, mai devreme sau mai târziu, *percept* a fi componentă constitutivă a unei anumite culturi juridice; persoanele care trăiesc într-o anumită țară cu un corp de norme juridice distincte s-au obișnuit cu acesta. Procesele de anvergură de transferuri juridice interculturale, precum receptarea dreptului roman în Europa centrală, a dreptului german în Japonia, a dreptului elvețian în Turcia, a dreptului englez la Capul Bunei Speranțe sau a dreptului american al societăților comerciale în Europa ridică, de asemenea, îndoieli serioase cu privire la înrădăcinarea dreptului într-o anumită cultură. La fel se întâmplă cu evoluțiile juridice determinate de globalizarea economică contemporană.

Cultura, după cum bine se știe, este o noțiune incurabilă, cunoscută în special în scrierile antropologice și sociologice, ceea ce este de presupus a surprinde caracterul specific al unei anumite societăți. Ea slujește la definirea acelei societăți, la descrierea identității sale și la diferențierea sa față de altele. Prin urmare, cultura are deseori conotații întrucâtva conflictuale și esențialiste. Același este situația cu termenul „cultură juridică” care a dobândit circulație în discursul comparatist în scopul accentuării faptului că studiul dreptului comparat nu constă doar într-o comparare a normelor juridice. Acesta este un argument valid. Însă nu reușește să sublinieze că legea, cel puțin în experiența noastră europeană, constituie tradiție. Ea are o istorie și este inevitabil modelată de acea istorie; și se caracterizează printr-o abilitate inerentă de a se dezvolta.

Dinamica și vitalitatea specifice tradiției juridice europene pot fi explicate prin tensiunea fertilă dintre unitate și diversitate. Dreptul evului mediu și al modernității timpurii a constat astfel din multe elemente diferite: dreptul roman, dreptul cutumiar indigen, dreptul canonic, dreptul feudal, cutume comerciale, teoria dreptului natural. Chiar practica juridică din inima receptării a fost caracterizată printr-un pluralism juridic greu imaginabil astăzi. Era însă o diversitate în interiorul unei unități intelectuale globale, iar acea unitate intelectuală a fost stabilită printr-o pregătire juridică și o literatură juridică erudită centrată asupra aceluiași corpus de izvoare de drept. Această unitate intelectuală a început să se destrame atunci când scriitorii „instituționali” din secolele al XVII-lea și al XVIII-lea nu au mai tratat dreptul roman, ci dreptul romano-olandez, romano-scoțian, romano-hispanic sau romano-saxon; și a fost pierdută atunci când, în Europa continentală, au fost edictate codificările moderne care au fost considerate a conține un sistem de norme juridice închis, însă cuprinzător, care constituie un spațiu autonom de interpretare. Aceasta nu schimbă însă faptul că subzistă încă astăzi tiparul tradițional al

unității și diversității. Întrucât am început să înțelegem că în timp ce sistemele noastre juridice moderne denotă diferențe caracteristice și constituie astfel o varietate de tradiții, ele pot fi concepute încă și drept manifestări contemporane ale aceleiași tradiții autentice europene. Nu întâmplător, am început să contestăm și ideea că validitatea întregului drept derivă în esență din statul națiune modern și să studiem fenomenul „codificărilor nelegislative” (Nils Jansen) într-o perspectivă istorică și comparativă.

Dacă, în consecință, vizăm să surmontăm fragmentarea națională a dreptului și să restabilim studiul juridic în calitate de disciplină ale cărei frontiere intelectuale nu mai coincid cu cele politice, noi (și aceasta înseamnă și IED) vom reuși să facilităm această sarcină prin restabilirea bazei comune existente între sistemele juridice europene moderne și, de asemenea, să considerăm că toate acelea pot contribui cu modul lor caracteristic de gândire, modul lor de tratare a izvoarelor de drept, a stilului lor, a savorii lor, a instituțiilor lor juridice distincte și a experiențelor lor: „trust without equity” scoțian, conceptele italiene de *danno ingiusto*, *danno biologico* și *danno esistenziale*, „sistemul flexibil” austriac, modul elvețian de tratare a diversității lingvistice într-unul și același sistem, unificarea juridică din Scandinavia, noile legi successorale olandeză sau catalană ori receptarea regulilor tip internaționale în codificările din centrul și estul Europei. Discursul comparativ din Europa este deseori dominat de Anglia, Franța și Germania și astfel nu reușește să țină cont de bogăția specifică care rezidă în varietatea experiențelor acumulate în alte sisteme juridice. IED va prospera doar dacă va utiliza această bogăție de experiențe. Evident, în această privință, el se confruntă cu o sarcină mult mai dificilă decât Institutul American de Drept.

VIII. Drept și limbă

Aceeași este situația pentru faptul că, în timp ce juriștii americani vorbesc limba engleză, juriștii din Europa comunică în multe limbi diferite. Doar Uniunea Europeană are 23 de limbi oficiale. Volumul activității Direcției Generale Traduceri se află în creștere constantă. În 2010, capacitatea sa a fost de 1,86 milioane pagini, cu cheltuieli estimate de 300 milioane euro. IED nu își va putea permite cheltuieli la acea dimensiune și să traducă toate documentele sale în toate limbile europene. El va trebui să adopte limba care este cea mai ușor accesibilă tuturor membrilor săi ca limbă în care să se desfășoare în mod obișnuit activitățile sale. Există un anumit temei să presupunem că acea limbă va fi limba engleză. În științele naturii, în medicină, psihologie, economie și în mai multe alte științe sociale s-a acceptat, de ceva timp, că oricine dorește să fie cunoscut la nivel internațional trebuie să publice în limba engleză. Aceeași este situația, din ce în ce mai mult, în cazul dreptului. Chiar la Bruxelles nu mai sunt cele două limbi tradiționale (adică franceza corectă și franceza precară) care au precădere; din ce în ce mai multe documente sunt redactate în limba engleză și din ce în ce mai multe ședințe se desfășoară în limba engleză. Aceasta nu înseamnă că limbile naționale își vor pierde importanța. Atât timp cât avem ordini juridice naționale, discursul referitor la acestea va avea loc, în mod predominant, în respectiva limbă națională. Va trebui să ne adaptăm însă la un regim (cel puțin) bilingv. Pentru Europa, acesta nu este un lucru nou, juriștii învățați din secolul

al XIII-lea până în secolul al XVIII-lea erau obișnuiți cu o situație de bilingvism: pe lângă limba maternă, ei trebuiau să cunoască și limba latină.

Au fost avansate mai multe argumente împotriva utilizării limbii engleze drept nouă *lingua franca* în studiul și practica juridică europeană. S-a subliniat astfel că ceea ce se utilizează de juriștii de-a lungul Europei nu este limba engleză magnific de bogată a lui Jane Austen sau Anthony Trollope; mai curând este o engleză de bază, considerabil simplificată, dacă nu precară. Mai mult, s-a susținut că limba juridică engleză este expresia unui mod specific englezesc de gândire juridică și ca atare nu este potrivită ca mijloc de comunicare pentru un autentic drept european și pentru studiul juridic. De asemenea, întemeierea în exclusivitate pe o singură limbă se spune că conduce la sărăcire culturală, după cum unificarea dreptului este deseori considerată a induce o pierdere a diversității culturale.

Cu siguranță, aceste argumente au un sâmbure de adevăr. Ele nu trebuie exagerate. Nu orice traducere este atât de rea cum poate apărea celor care utilizează programe de traducere computerizată. În cadrul tinerei generații de juriști este răspândită o bună cunoaștere a limbii engleze. Pe lângă aceasta, limba și cultura juridică nu sunt indisolubil legate una de alta. Dreptul romano-olandez din Africa de Sud, Luisiana și Scoția prezintă exemple de sisteme juridice în cadrul cărora limba engleză este vorbită fără ca dreptul anglo-saxon [common law] să fie aplicat. Dreptul german și elvețian este receptat în Japonia, respectiv în Turcia, însă nu și limbile germană și cele din Elveția. Se poate face referire și la terminologia dezvoltată de către un număr de grupuri de lucru internaționale. Principiile de drept european al contractelor¹⁴, de exemplu, fac referire la obligații „solidare” [„solidary”], mai curând decât la „solidare” [„joint and several”] și la „prescrierea acțiunilor” [„prescription of claims”] decât la „limitarea acțiunilor” [„limitation of actions”]. Ele încearcă astfel să inventeze o terminologie europeană într-o limbă engleză care este perfect acceptabilă fără a purta totuși bagajul dreptului anglo-saxon [common law]. De asemenea, limba latină lui Vinnius și Voet nu a fost, de fapt, limba latină clasică a lui Virgiliu sau Cicero. Marele succes al lui Pothier se întemeiază, într-o măsură considerabilă, pe faptul că el a exprimat deseori într-o franceză bună ceea ce Dumoulin spusese anterior într-o latină precară. Însă influența sa enormă asupra dezvoltării dreptului englez al contractelor a fost datorată faptului că *Traité des obligations* al lui Pothier a apărut într-o traducere în limba engleză în 1806.

Aceasta ne aduce la tema traducerilor. Oricine a încercat să traducă un text juridic într-o altă limbă se va confrunta cu dificultăți substanțiale implicate într-o astfel de întreprindere. El cunoaște însă și faptul că nu este imposibil, în cele din urmă, să se producă o traducere bună. Și realizează cât de mult învață, în cadrul procesului, despre propria limbă și despre propriul mod de gândire. Marele istoric al artei Erwin Panofsky, care a fost silit să părăsească Germania în anii 1930 s-a exprimat astfel: „Fiecare istoric al artei instruit în Germania care a dorit să comunice în limba engleză a trebuit să-și stabilească propriul glosar. El a înțeles pe parcurs că deseori terminologia sa era inutil de dificil de înțeles sau profund de imprecisă: din nefericire limba germană permite ascunderea unui gând mai curând trivial în spatele unei perdele de lână cu aparentă profunzime [...]. Scurtând o poveste lungă, chiar un istoric al artei, dacă scrie ori vorbește în limba engleză, trebuie să cunoască, cel puțin mai mult sau mai puțin, ceea ce a vrut

¹⁴ „Principles of European Contract Law” (en., orig.) [n.t.].

să spună și ceea ce înseamnă ceea ce spune; și aceasta a avut un efect extraordinar de salutar pentru noi toți”. Se poate afirma probabil chiar că capacitatea de traducere este un indicator sigur al clarității gândirii, dacă nu chiar al unei bune cunoștințe.

Pentru IED aceasta înseamnă că, în timp ce își va desfășura deseori activitățile în limba engleză, în această privință el ar trebui să fie mai curând pragmatic, decât normativ. Ar fi fericită încurajarea grupurilor sale de lucru să utilizeze limba pe care o consideră adecvată pentru sarcinile lor. Ar ajuta, în special, la punerea realizărilor comunităților juridice constitutive la dispoziția comunității mai largi de juriști europeni. El [IED] ar putea astfel susține sau iniția traducerea unor documente juridice importante și a literaturii inclusiv, în special, a codificărilor recente din Europa centrală și de est într-o limbă care este înțeleasă de mai multă lume decât estona, polona sau maghiara. După știința mea, chiar *Código civil* portughez din 1966 nu a fost încă tradus în vreo altă limbă. IED ar putea promova și ideea caracterului trilingv pentru o veritabilă formare juridică europeană: cunoașterea de către o persoană a propriei limbi materne, a limbii engleze și a unei alte limbi. Din experiența mea, aceasta constituie un mijloc deosebit de eficace pentru îndepărtarea „ochelarilor de cal” naționali, întrucât oferă un acces imediat la trei tradiții juridice.

IX. Locul IED

1. În raport cu alte „rețele”

O altă încercare pentru IED constă în raportarea la alte organizații, deja existente. Aceasta privește, în primul rând, toate „rețelele” înființate pentru promovarea europeanizării dreptului. Inițiativa lansată de IUE la Florența s-a întemeiat pe ideea reuniunii acelor rețele și organisme. Am fost surprins să constat cât de multe sunt. Unele dintre acelea privesc învățământul juridic, altele sunt rețele de cercetare angajate în redactarea unor principii ale dreptului european sau încearcă să elaboreze nucleul lor, în timp ce altele urmăresc să ofere doar o platformă de discuții sau de cooperare profesională. Unele dintre acestea reprezintă ramuri particulare ale profesiilor juridice, altele constituie o asociație a unor facultăți de drept, organizații de cercetare sau universitari din domeniul juridic care lucrează într-un anumit domeniu de drept, precum dreptul administrativ, dreptul contractelor ori dreptul familiei. A ajuns la modă redactarea unor instrumente fără forță juridică obligatorie [soft law] de grupuri de universitari, care se axează pe *acquis*-ul comun, pe *acquis*-ul *communautaire* sau pe ambele. Președinții Curților supreme judiciare din Uniunea Europeană au propria rețea, precum au și judecătorii administrativi ori miniștrii de justiție, funcționarii registrelor de carte funciară sau executorii judecătorești. Ele s-au organizat în multe moduri diferite, unele dintre ele într-un mod neoficial, pe când altele au fost constituite într-o formă sau alta într-o țară sau alta. Unele dintre rețele sunt itinerante, pe când altele au secretariatul sau centrul într-un anumit oraș. Există și rețele supranaționale care au fost înființate având ca obiectiv general îmbunătățirea participării juriștilor dintr-o anumită țară la dezvoltarea dreptului european. Există uneori două asociații în același domeniu și care urmăresc obiective foarte asemănătoare. Unele dintre rețele sunt

finanțate prin contribuții ale membrilor, altele de către guvernele naționale, mediul universitar, organizații profesionale ori de către Comisia Europeană. Cu greu tabloul ar putea fi mai divers și mai variat. El este însă și foarte derutant. Multe organizații nu par a cunoaște existența altora ori a activităților reciproce. Una din funcțiile IED va fi să pună la dispoziție o platformă comună în cadrul căreia să se poată întâlni toate aceste inițiative, să comunice și poate chiar să colaboreze. De-a lungul procesului de constituire a IED a existat însă întotdeauna unanimitate în sensul că IED nu vizează absorbirea sau înlocuirea rețelelor ori organizațiilor existente. El este conceput ca fertilizator care, mai curând decât să le sufocă, va lăsa să înflorească celelalte plante din grădina dreptului european. De aceea, celelalte rețele și organizații sunt invitate să contribuie la activitățile IED și la modul în care el funcționează.

2. Europa

În al doilea rând, desigur, există organe oficiale ale Uniunii Europene competente în privința legiferării la nivelul Uniunii, în primul rând Comisia [Europeană]. IED se întemeiază pe și se angajează față de principiul independenței politice și economice. Aceasta este o altă trăsătură cheie a IED și semnifică, în special, că IED nu a fost înființat de Comisie ori de către vreun guvern național sau de către vreun grup de actori interesați. Aceasta a făcut procesul de constituire o întreprindere întrucâtva greoaie și poate genera și un anumit grad de complexitate în modul său de funcționare. Este însă un bun fundamental și va fi baza legitimității pe care a dobândit-o sau o va dobândi IED în timp util. Deoarece, dacă Comisia Europeană va dori sfaturi cu privire la ameliorarea calității reglementării sau cu privire la revizuirea *acquis*-ului în materia protecției consumatorilor ori în orice altă chestiune referitoare la dreptul ori la politica juridică europeană, ea va dori consultanță imparțială și independentă și o va dori de la o organizație care implică *toți* actorii fără a fi dominată de vreunul dintre ei. Evident, consultanța cu privire la legislația UE propusă va fi o sarcină cheie a IED, fie că va fi evaluarea legislației UE în vigoare, studii comparative privind punerea în aplicare ori evaluări ale impactului; nu voi intra însă în detalii aici, întrucât președintele IED va discuta acest aspect mai târziu în cursul zilei de astăzi. Nu vreau să discut nici despre posibile proiecte ale IED, întrucât și ele vor fi prezentate în cursul acestei după amiezi. Vreau doar să subliniez că IED nu ar trebui să fie foarte ambițioasă în această privință. Chiar Institutul American de Drept nu a dezvoltat decât nouă „reformulări”¹⁵ în cursul primilor nouăsprezece ani ai existenței sale. Va fi așadar suficient dacă IED debutează cu două sau trei proiecte proprii. Alegerea acestor proiecte ar trebui stabilită nu doar de fondul lor științific, ci și de împrejurarea dacă există o nevoie practică pentru ele (precum a fost, ținând cont de starea părăsită în care se găsea dreptul american la începutul secolului al XX-lea, în cazul „reformulărilor” americane) și de chestiunea dacă există alte grupuri care abordează deja aceste proiecte. Altfel spus, IED ar trebui să stimuleze și, dacă este necesar, să-și asume *noi* activități, iar nu să reia ceea ce se realizează în altă parte. Se poate menționa, probabil, un principiu al subsidiarității în privința activităților IED. De asemenea, niciun proiect nu va fi considerat ca valoros doar pentru că este realizat sub umbrela IED. Sau un proiect IED nu poate spera să dobândească vreo autoritate *ratione imperii*. În esență, el va trebui să convingă comunitatea juridică prin calitatea rezultatelor sale.

¹⁵ „Restatements” (en., orig.) [n.t.].

Comparația cu Institutul American de Drept inspiră o altă remarcă. Institutul American de Drept și-a dobândit reputația, în primul rând, drept consecință a „reformulărilor” tocmai menționate. Încă de la publicarea „Principiilor dreptului european al contractelor”¹⁶ ale lui Ole Lando ideea unei reformulări a dreptului a fost extraordinar de atrăgătoare și de influentă în dezbaterile privind dreptul privat european. A fost însă utilizată în mod ocazional pentru a furniza reguli tip concepute de grupuri de universitari cu o asemănare a ceea ce este acceptabil sau chiar acceptat de-a lungul Europei. În multe domenii de drept din Europa o „reformulare” nu are sens întrucât nu există nimic de „reformulat”. Trebuie făcut mult pentru pregătirea terenului înainte să poată fi dezvoltate texte care să spera să dobândească o autoritate asemănătoare celei a „reformulărilor” americane. Cu greu s-ar putea aprecia că IED este instituția potrivită pentru a desfășura acea activitate preliminară. Aceasta nu înseamnă că, precum declară manifestul său, IED nu poate derula și facilita cercetarea paneuropeană, în special în privința redactării, evaluării sau îmbunătățirii principiilor și regulilor care sunt comune ordinilor juridice europene. Va trebui să fim însă atenți în alegerea domeniilor în care este valabilă aceasta. Chiar în domeniile în care nu acesta este cazul, elaborarea, pe baza cercetării comparative și a discuției transnaționale, a unor seturi de principii poate fi un exercițiu util; însă aceasta nu întrucât ele ar reflecta ceea ce este acceptat de obicei în ordinele juridice europene, ci deoarece ele pot, în măsura în care ele sunt considerate a fi convingătoare, contribui la o *rapprochement*¹⁷ graduală a ordinilor juridice naționale. Chiar Institutul American de Drept nu se mai limitează, de fapt, la redactarea de „reformulări”, ci a început, din anii 1970, să producă și „principii” pentru domeniile de drept pe care le percepe a avea nevoie de reformă ori de reglementare; el contribuie și la redactarea de legi-tip – de regulă în cooperare cu Conferința națională a comisarilor privind legislația uniformă a statelor¹⁸. (S-a comentat totuși în mod critic în privința influenței lobbyștilor asupra acestei din urmă organizații și a fost ridicat un semn de întrebare privind această cooperare).

Este bine știut că Europa este dificil de definit. În prezent, termenul este deseori asociat cu Uniunea Europeană și cu statele care aparțin acestei Uniuni. Englezul tinde să identifice Europa cu Europa continentală. Pentru mai bine de 500 de ani a existat o dezbatere cu privire la faptul dacă Rusia este stat european. De asemenea, astăzi o dispută animată înconjoară chestiunea dacă Turcia aparține Europei. Atât Federația Rusă, cât și Turcia sunt membre ale Consiliului Europei, organizație internațională sub auspiciile căreia a fost adoptată Convenția europeană a drepturilor omului și a fost înființată Curtea Europeană a Drepturilor Omului (și care, de fapt, a fost responsabilă și de primul efort reușit de armonizare juridică europeană într-un domeniu central de drept privat, adică Convenția privind răspunderea hotelierilor [privind bunurile călătorilor] din 1962). Consiliul Europei are 47 de state membre, față de 27 ale Uniunii Europene. În cadrul procesului de constituire a IED, el a acceptat întotdeauna ca evident faptul că activitățile sale și membrii săi nu se limitează la Uniunea Europeană și că IED va dori să concluzeze îndeaproape cu toate organizațiile active în dezvoltarea dreptului european, interpretat în cel mai larg sens. Încă o dată, filosofia care stă la baza IED este una cuprinzătoare.

¹⁶ „Principles of European Contract Law” (en., orig.) [n.t.].

¹⁷ Apropiere [n.t.].

¹⁸ „National Conference of Commissioners on Uniform State Laws” (en., orig.) [n.t.].

3. Perspectiva globală

În al treilea rând, există desigur inițiative care vizează armonizarea juridică și în alte părți ale lumii. A fost menționat în repetate rânduri Institutul American de Drept și este evident că IED va dori să stabilească legături strânse cu el. IED va putea să beneficieze de pe urma experiențelor acumulate în Statele Unite. Comparația va indica însă și diferențe existente între cele două întreprinderi și va contribui la o apreciere a dificultăților specifice cu care se confruntă IED. (Una dintre diferențe, cel puțin pentru moment, constă în aceea că Institutul American de Drept a primit la constituire o donație de peste un milion de dolari din partea Fundației Carnegie pentru promovarea învățământului¹⁹, sumă care a fost foarte curând dublată prin donații provenite din alte surse. IED nu are încă un sponsor la fel de generos).

Există totuși și alte organizații și inițiative, precum Mercosur în America de Sud sau OHADA în Africa ori proiectul Principii de drept al contractelor asiatic²⁰ din China, Coreea și Japonia. Nu în cele din urmă, există desigur un număr de organizații care promovează unificarea globală a dreptului. UNCITRAL, UNIDROIT și Conferința de la Haga privind dreptul internațional privat sunt printre cei mai importanți actori în materiile dreptului privat, dreptului comercial și dreptului internațional privat. IED va urmări o cooperare fructuoasă cu toate acestea. Asemenea Institutului American de Drept, el poate decide să se lanseze într-un proiect cu adevărat internațional sau chiar în proiecte comune; pot sluji drept exemple principiile juridice și economice ale dreptului comerțului internațional²¹ ale Institutului American de Drept sau principiile Institutului American de Drept și UNIDROIT privind procedura civilă transnațională.

Am încercat să conturez câteva din încercările cu care se confruntă Institutul European de Drept. Fără îndoială că vor exista mai multe. Le-am ales însă pe acelea care, în procesul de constituire a Institutului, mi s-au imprimat a avea o importanță specială. Sunt jurist de drept privat care provin din Germania și care lucrez într-un mediu de cercetare. Aceasta a influențat exemplele pe care le-am oferit. Sper că nu a denaturat tabloul general pe care am încercat să îl prezint. IED a fost înființat acum și este inaugurat în mod oficial astăzi. A fost un drum lung și uneori accidentat până la Paris, însă până la urmă am ajuns. 52 de persoane din 21 de țări diferite, din multe extracții disciplinare și profesionale și reprezentând un avantaj larg de tradiții, rețele și organizații au făcut un început. Sir Francis Jacobs, jurist de mare distincție, va fi primul președinte al IED. Sir Francis a fost atât universitar, cât și practician, iar el a practicat dreptul atât la Londra, cât și, de-a lungul a 18 ani, la Luxemburg. El dispune de respect general și are experiența necesară pentru a conduce IED cu succes în primii ani ai existenței sale. Sunt atât încântat, cât și extrem de recunoscător lui pentru disponibilitatea de a întreprinde ceea ce este posibil să fie o sarcină dificilă, însă și una care merită osteneala.

Toți juriștii angajați în mod activ în dezvoltarea dreptului european sunt invitați acum să se alăture inițiativei. Structura IED este încă suficient de maleabilă pentru a fi modelată prin discuțiile din cursul următorilor doi ani. Consiliul care funcționează în prezent are caracter

¹⁹ „Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching” (en., orig.) [n.t.].

²⁰ „Principles of Asian Contract Law” (en., orig.) [n.t.].

²¹ „Legal and Economic Principles of World Trade law” (en., orig.) [n.t.].

tranzitoriu; el are mandat până la adunarea generală din 2013. Până atunci, mult din ceea ce arată în prezent încă cumva neechilibrat sau provizoriu va fi aplanat. Însă aceasta se poate produce doar dacă toată lumea contribuie la dezbateri în spiritul constructiv care a caracterizat reuniunile care au condus la înființarea IED.

Recent, ministrul german al Justiției mi-a trimis o scrisoare în care a salutat înființarea IED și și-a exprimat așteptările că va realiza o contribuție semnificativă la îmbunătățirea legiferării. Și a atras atenția la motto-ul [orașului] Paris care este prezent pe blazonul orașului și care poate fi potrivit și pentru Institutul European de Drept: „Fluctuat nec mergitur” – poate fi lovit de valuri, însă nu se scufundă. Putem spera astfel că, peste alți 111 ani, Congresul de la Paris din 2011 va fi amintit precum noi ne amintim astăzi de Congresul de la Paris din 1900.

Competențe ale UE de aplicare a regulilor în materia concurenței și drepturile și garanțiile procedurale: Raportul dintre dreptul UE, dreptul național și Carta drepturilor fundamentale a UE și Convenția europeană a drepturilor omului*

Wouter P.J. WILS**

Abstract

This paper deals with the powers of the European Commission and the competition authorities of the EU Member States to enforce Articles 101 and 102 TFEU, and with the procedural rights and guarantees that circumscribe or limit these powers. It focuses in particular on the interplay between the different sources of law governing these matters: EU and national legislation, the Charter of Fundamental Rights of the EU, the European Convention on Human Rights, and the case-law of the EU Courts and the European Court of Human Rights.

Keywords: EU antitrust law; Articles 101 and 102 TFEU; procedural rights and guarantees; Charter of Fundamental Rights of the EU; European Convention on Human Rights; EU Courts; European Court of Human Rights

I. Competențe de punere în aplicare

Art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene („TFUE”) interzice acordurile între întreprinderi care restricționează concurența în mod nejustificat***. Art. 102 TFUE interzice abuzul de poziție dominantă¹. Art. 103 alin. (1) TFUE abilitază Consiliul UE, care hotărăște

* Articolul, având titlul „EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights”, a fost prezentat la a doua conferință internațională anuală Concurrences – *New Frontiers of Antitrust*, Paris, 11 februarie 2011, și a fost publicat în *Concurrences*, mai 2011, și în *World Competition*, vol. 34, nr. 2, iunie 2011. Articolul se publică în traducere cu acordul autorului, căruia colegiul de redacție al R.R.D.E. dorește să îi mulțumească. [Traducere de Mihai Banu].

** Consilier-auditor, Comisia Europeană; profesor invitat, King’s College, Londra. Mulțumesc lui David Bailey, Margaret Bloom, Ingrid Breit, Maribel Glogowski, Jérémie Jourdan, Hannes Krämer, Felix Ronkes Agerbeek, Ailsa Sinclair, Richard Whish și Fabien Zivy pentru comentariile lor asupra unei versiuni anterioare a acestui articol. Toate opiniile exprimate în acest articol sunt strict personale nu ar trebui interpretate a reflecta punctul de vedere al Comisiei Europene ori al vreunui din persoanele menționate anterior. Articolul a fost încheiat la 24 ianuarie 2011.

*** „Without redeeming virtue” (en., orig.).

¹ În articolul de față nu este abordat controlul concentrărilor. Cu privire atât la conținutul material, cât și la punerea în aplicare a art. 101 și art. 102 TFUE, a se vedea, în general, R. Whish, *Competition Law*, ediția a șasea (Oxford University Press, 2008), P. Roth și V. Rose (ed.), *Bellamy & Child – European Community Law of Competition*, ediția a șasea (Oxford University Press, 2008), J. Faull și A. Nikpay (ed.), *The EC Law of Competition*, ediția a doua (Oxford University

la propunerea Comisiei Europene (denumită în continuare „Comisia”) și după consultarea Parlamentului European², să adopte „regulamentele sau directivele utile în vederea aplicării principiilor prevăzute la articolele 101 și 102”. Art. 103 alin. (2) TFUE precizează că aceste regulamente sau directive „sunt destinate în special: (a) să asigure respectarea interdicțiilor prevăzute la art. 101 alin. (1) și la art. 102 prin instituirea de amenzi și penalități cu titlu cominatoriu; [...]”. Art. 105 alin. (1) TFUE dispune că „Comisia asigură aplicarea principiilor stabilite la articolele 101 și 102”³.

Principalul regulament de punere în aplicare a art. 101 și art. 102 TFUE, adoptat pe temeiul art. 103 TFUE, este Regulamentul nr. 1/2003⁴. În temeiul Regulamentului nr. 1/2003, atât Comisia Europeană, cât și autoritățile de concurență ale statelor membre (denumite în continuare și „autoritățile naționale de concurență”), care constituie împreună o rețea a autorităților de concurență (denumită în continuare și „autoritățile de concurență” și „rețeaua europeană de concurență” sau „REC”)⁵, au sarcina de a pune în aplicare art. 101 și art. 102 TFUE⁶.

Press, 2007), și G. Hirsch, F. Montag și F.J. Säcker, *Competition Law: European Community Practice and Procedure Article-by-Article Commentary* (Sweet & Maxwell, 2008); cu privire la aplicarea art. 101 și art. 102 TFUE, a se vedea, în general, L. Ortiz Blanco (ed.), *EC Competition Procedure*, ediția a doua (Oxford University Press, 2006), C.S. Kerse și N. Khan, *EC Antitrust Procedure*, ediția a cincea, (Sweet & Maxwell, 2005), E. Gippini-Fournier, *Community Report for the FIDE XXIII Congress 2008*, în H.F. Koeck și M.M. Karollus (ed.), *The Modernisation of European Competition Law: Initial Experiences with Regulation 1/2003* (Nomos, 2008), F. Arbault și E. Sakkars, *Cartels*, în J. Faull și A. Nikpay (ed.), *cit. supra*, 745-1128, precum și cărțile mele *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law* (Kluwer Law International, 2002), *Principles of European Antitrust Enforcement* (Hart Publishing, 2005) și *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement* (Hart Publishing, 2008).

² Politica de concurență este unul din puținele domenii de activitate ale UE în care Parlamentul European nu are competențe co-legislative.

³ Alin. (1) și (2) din art. 105 TFUE ar fi putut fi înțelese, precum art. 104 TFUE, drept simple dispoziții tranzitorii, aplicabile doar până ce Consiliul exercita competențele sale de punere în aplicare în temeiul art. 103 TFUE, însă, în *Masterfoods* (a se vedea nota 15, *infra*) Curtea de Justiție a evidențiat că dispoziția din art. 105 alin. (1) conform căreia „Comisia asigură aplicarea principiilor stabilite la art. 101 și art. 102” nu este doar tranzitorie.

⁴ Regulamentul (CE) nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la art. 81 și 82 din tratat, JO 2003, L 1, p. 1 [Ediție specială, 08/vol. 1, p. 167, rectificare în Ediție specială, 08/vol. 4, p. 269; n.t.], ultima oară modificat prin Regulamentul (CE) nr. 1419/2006, JO L 269, 2006, p. 1; a se vedea pentru detalii literatura enumerată la nota 1, *supra*.

⁵ A se vedea considerentul (15) și art. 11 din Regulamentul nr. 1/2003, Comunicarea Comisiei privind cooperarea în cadrul rețelei autorităților de concurență, JO C 101, 2004, p. 3 [Ediție specială, 08/vol. 4, p. 111; n.t.], precum și paginile web ale REC, <http://ec.europa.eu/competition/ecr/>. Precum se poate observa din statisticile publicate pe paginile web ale REC, pentru fiecare caz de încălcare suspectată a art. 101 sau art. 102 TFUE, investigat de către Comisia Europeană, mai mult de zece cazuri sunt investigate de către autoritățile naționale de concurență.

⁶ Art. 101 și art. 102 TFUE sunt puse în aplicare și prin litigii între particulari, însă articolul de față are în vedere doar aplicarea publică. Precum Curtea de Justiție a subliniat în hotărârea sa din 10 noiembrie 1993 în cauza C-60/92, *Otto/Postbank*, ECR [1993], p. I-5707, pct. 15: „Garanțiile necesare asigurării respectării drepturilor la apărare ale unui particular în cadrul unei proceduri administrative [...] sunt diferite de cele care sunt necesare garantării drepturilor la apărare ale unei părți implicate într-o procedură civilă”. Cu privire, în general, la aplicarea privată a art. 101 și art. 102 TFUE, a se vedea Comisia Europeană, Carte albă privind acțiunile în daune pentru încălcarea regulilor CE în domeniul concurenței, COM(2008) 165 din 2 aprilie 2008, și documentul de lucru al serviciilor Comisiei însoțitor, SEC(2008) 404; Parlamentul European, Rezoluție referitoare la Cartea albă privind acțiunile în daune pentru încălcarea regulilor CE în domeniul concurenței, A6-0123/2009, adoptată la 26 martie 2009; concluziile avocatului general Mazák din 16 decembrie 2010 în cauza C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, nepublicate încă în Rep.; A.P. Komninos, *EC Private Antitrust Enforcement – Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts* (Hart Publishing, 2008); precum și articolul meu *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, în (2009) 32 *World Competition*, p. 3.

A. Comisia Europeană

Regulamentul nr. 1/2003 stabilește competențele de punere în aplicare ale Comisiei.

1. Competențe de investigație

Competențele de investigație ale Comisiei sunt precizate în capitolul V din Regulamentul nr. 1/2003, cele două instrumente principale fiind solicitările de informații (art. 18) și inspecțiile (art. 20 și art. 21)⁷.

În temeiul art. 18 din Regulamentul nr. 1/2003, Comisia poate cere întreprinderilor și asocierilor de întreprinderi să pună la dispoziție toate informațiile necesare (adică, fie să predea documente existente, fie să răspundă la întrebări) precizate în cerere, într-un termen stabilit în cerere. Comisia poate impune, în temeiul art. 23 alin. (1) lit. b) din Regulamentul nr. 1/2003, o amendă de până la 1% din cifra de afaceri totală din exercițiul financiar precedent întreprinderilor sau asocierilor de întreprinderi care, în mod intenționat sau din neglijență, furnizează informații incorecte, incomplete sau care induc în eroare sau nu pun la dispoziție informații în termenul impus. Art. 24 alin. (1) lit. d) din Regulamentul nr. 1/2003 permite Comisiei să impună penalități cu titlu cominatoriu de până la 5% din cifra de afaceri zilnică medie din exercițiul financiar precedent pentru fiecare zi de întârziere pentru a obliga întreprinderile sau asocierile de întreprinderi să pună la dispoziție informații complete și corecte care au fost cerute prin decizie⁸.

În temeiul art. 20 din Regulamentul nr. 1/2003, Comisia poate să desfășoare toate inspecțiile necesare la întreprinderi și asocieri de întreprinderi. Reprezentanții oficiali și alte persoane autorizate de Comisie să desfășoare o inspecție sunt împuternicite să intre în orice incinte ale întreprinderilor sau asocierilor de întreprinderi, să examineze toate registrele și să ia sau să obțină copii sau extrase din astfel de registre. Art. 20 alin. (2) lit. d) din Regulamentul nr. 1/2003 permite inspectorilor Comisiei să sigileze orice incinte destinate activității și orice registre sau documente pentru perioada și în măsura necesară inspecției. În temeiul art. 20 alin. (2) lit. e), ei sunt împuterniciți și „să ceară oricărui reprezentant sau membru al personalului întreprinderii sau asocierii de întreprinderi explicații cu privire la faptele sau documentele legate de obiectul și scopul inspecției și să înregistreze răspunsurile acestora”. În temeiul art. 23 alin. (1) lit. c), d) și e) din Regulamentul nr. 1/2003, Comisia poate aplica întreprinderii sau asocierii de întreprinderi amenzi care nu depășesc 1% din cifra de afaceri totală din exercițiul financiar precedent atunci când, în mod intenționat sau din neglijență, aceasta prezintă registrele de afaceri în formă incompletă, refuză să se supună inspecțiilor dispuse prin decizie sau nu oferă, în răspuns la o întrebare adresată în conformitate cu art. 20 alin. (2)

⁷ În temeiul art. 19 din Regulamentul nr. 1/2003, Comisia poate intervieva orice persoană fizică sau juridică care consimte să fie intervievată în scopul culegerii de informații referitoare la obiectul investigației, însă această „competență de a lua declarații” este o competență mai slabă, în absența oricărei obligații sau oricăror sancțiuni, nici chiar pentru furnizarea de informații eronate.

⁸ În cazul în care Comisia a adresat cererea de informații nu sub forma unei decizii, ci sub forma unei simple cereri, întreprinderea sau asocieria de întreprinderi nu este obligată să răspundă. Doar dacă întreprinderea sau asocieria de întreprinderi, în mod intenționat sau din neglijență, furnizează informații incorecte sau care induc în eroare poate fi sancționată de Comisie în temeiul art. 23 alin. (1) lit. a) din Regulamentul nr. 1/2003 cu o amendă care nu depășește 1% din cifra de afaceri totală din exercițiul financiar precedent.

lit. c), un răspuns complet cu privire la faptele referitoare la obiectul și scopul unei inspecții dispuse prin decizie⁹, sau atunci când sigiliile au fost rupte¹⁰. Potrivit art. 24 alin. (1) lit. e) din Regulamentul nr. 1/2003, Comisia poate aplica și penalități cu titlu cominatoriu de până la 5% din cifra de afaceri zilnică medie din exercițiul financiar precedent pentru fiecare zi de întârziere în scopul obligării întreprinderilor sau asocierilor de întreprinderi să se supună unei inspecții dispuse prin decizie. În plus, art. 20 alin. (6) din Regulamentul nr. 1/2003 dispune că, atunci când reprezentanții oficiali ai Comisiei care întreprind inspecția constată că o întreprindere se opune inspecției dispuse prin decizie, statul membru în cauză le acordă asistența necesară a forțelor de ordine sau a unei autorități publice de aplicare a legii echivalente, astfel încât să le dea posibilitatea să desfășoare inspecția¹¹.

Art. 21 din Regulamentul nr. 1/2003 acordă Comisiei competența de a dispune prin decizie o inspecție în orice alte incinte, inclusiv în locuințele directorilor, administratorilor sau ale altor membri ai personalului întreprinderilor și asocierilor de întreprinderi în cauză, în cazul în care există o suspiciune întemeiată că registre sau alte documente privind activitatea și obiectul inspecției, care ar putea fi pertinente pentru a dovedi o încălcare gravă a art. 101 sau art. 102 din tratat, sunt păstrate în orice alte incinte. Precum în cazul inspecției în incinte destinate activității, reprezentanții oficiali sau celelalte persoane care îi însoțesc, autorizate de Comisie să desfășoare inspecția, au competența să examineze toate registrele aflate în legătură cu

⁹ În cazul în care Comisia alege să realizeze o inspecție nu pe baza unei decizii, ci pe baza unei simple autorizații, întreprinderea sau asocierea de întreprinderi nu este obligată să se supună ei. Cu toate acestea, în temeiul art. 23 alin. (1) lit. c) și d) din Regulamentul nr. 1/2003, Comisia poate impune întreprinderii sau asocierii o amendă de până la 1% din cifra totală de afaceri din exercițiul financiar anterior dacă, în mod intenționat sau din neglijență, ea prezintă registrele de afaceri într-o formă incompletă sau dacă, ca răspuns la o întrebare adresată în temeiul art. 20 alin. (2) lit. e), ea oferă un răspuns incorect sau care induce în eroare ori omite să corecteze într-un termen stabilit de Comisie un răspuns incorect, incomplet sau care induce în eroare furnizat de către un membru al personalului.

Regulamentul nr. 1/2003 nu dispune vreo sancțiune de impus membrilor personalului pentru refuzul de a da răspunsuri sau pentru oferirea de răspunsuri incorecte, incomplete sau care induc în eroare ca răspuns la întrebări adresate în cursul unei inspecții. Sancțiuni pot fi impuse doar întreprinderilor care nu corectează într-un termen stabilit de Comisie răspunsul incorect, incomplet sau care induce în eroare dat de către un membru al personalului; a se vedea pentru detalii B. Vesterdorf, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues*, în B. E. Hawk (ed.) *2004 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law and Policy* (Juris Publishing, 2005), p. 701, la pp. 727-729.

¹⁰ Prin hotărârea din 15 decembrie 2010 în cauza T-141/08, *E.ON Energie/Comisia Europeană*, nepublicată încă în Rep., Tribunalul a confirmat o decizie a Comisiei prin care s-a impus o amendă de 38 de milioane euro pentru ruperea unui sigiliu.

¹¹ Pe lângă posibilitatea Comisiei însăși de a impune amenzi sau penalități cu titlu cominatoriu pentru a obliga întreprinderile să se conformeze unei inspecții, Comisia se întemeiază, prin urmare, pe autoritățile statelor membre pe al căror teritoriu are loc inspecția pentru a înfrânge opoziția la inspecțiile sale. Inspectorii Comisiei nu pot ei înșiși utiliza forța.

În aplicarea principiilor generale al efectivității și echivalenței ale dreptului UE (a se vedea textul care însoțește nota 18, *infra*), asistența pe care o oferă statele membre pentru a înfrânge opoziția față de inspecțiile Comisiei trebuie să fie efectivă și cel puțin echivalentă celei pe care statul membru ar oferi-o în situații comparabile de punere în aplicare a propriului său drept național.

Eficacitatea amenzilor și a penalităților cu titlu cominatoriu pe care Comisia le poate impune în temeiul art. 23 și art. 24 din Regulamentul nr. 1/2003 pentru a obliga întreprinderile să se supună inspecțiilor sau să răspundă la cereri de informații, precum și de a sancționa furnizarea de informații incorecte, incomplete sau care induc în eroare depinde, în esență, și de asistența din partea statelor membre. Într-adevăr, dacă o societate ar fi să refuze plata amenzii sau a penalității cu titlu cominatoriu, Comisia ar utiliza art. 299 TFUE, care dispune că o autoritate națională desemnată în acest sens de către statul membru pe teritoriul pe care decizia Comisiei de a impune sancțiuni financiare trebuie executată investește cu formulă executorie decizia Comisiei, care să permită executarea acelei decizii în conformitate cu normele de procedură civilă în vigoare în acel stat membru.

activitățile și să ia sau să obțină copii sau extrase, însă nu au competența de a sigila ori de a cere explicații. Dispozițiile art. 20 alin. (6) din Regulamentul nr. 1/2003, care precizează asistența autorităților naționale pentru a înfrânge opoziția la o inspecție, se aplică și inspecțiilor dispuse în temeiul art. 21 din Regulamentul nr. 1/2003, însă nu sunt aplicabile competențele Comisiei de a impune amenzi sau penalități cu titlu cominatoriu în temeiul art. 23 și art. 24 din Regulamentul nr. 1/2003.

În situația în care Comisia desfășoară o inspecție fie la incinte destinate activităților, în temeiul art. 20, ori la locuințe private, în temeiul art. 21 din Regulamentul nr. 1/2003, inspectorii săi pot primi „asistența activă” a inspectorilor desemnați de autoritatea de concurență a statului membru pe teritoriul căruia se desfășoară inspecția. Art. 20 alin. (5) din Regulamentul nr. 1/2003 dispune că Comisia poate cere o astfel de asistență sau – interesant de notat – autoritatea națională are dreptul de a oferi o astfel de asistență la cererea acesteia. Inspectorii naționali care asistă au aceleași competențe precum inspectorii Comisiei, precum se stabilește la art. 20 și art. 21 din Regulamentul nr. 1/2003.

Pe lângă obținerea de asistență de la statele membre pentru inspecțiile pe care le desfășoară ea, Comisia poate cere și autorităților de concurență ale statelor membre să desfășoare inspecții în numele său. Art. 22 alin. (2) din Regulamentul nr. 1/2003 dispune după cum urmează: „La cererea Comisiei, autoritățile de concurență ale statelor membre întreprind inspecțiile pe care Comisia le consideră necesare în temeiul art. 20 alin. (1) sau pe care le-a dispus printr-o decizie în temeiul art. 20 alin. (4). Reprezentanții oficiali ai autorităților de concurență din statele membre responsabili cu desfășurarea acestor inspecții, precum și cei autorizați sau desemnați de aceste autorități își exercită competențele în conformitate cu legislația națională”. Competențele inspectorilor naționali care desfășoară inspecții în temeiul art. 22 alin. (2) din Regulamentul nr. 1/2003 nu sunt, prin urmare, cele stabilite în art. 20 și art. 21 din Regulamentul nr. 1/2003, ci acelea dispuse prin dreptul național al statului membru în cauză¹².

2. Competențe de a adopta decizii

Competențele Comisiei de a adopta decizii sunt precizate în capitolele III și IV din Regulamentul nr. 1/2003, cele trei instrumente principale fiind deciziile care dispun încetarea încălcării (art. 7), care impun amenzi [art. 23 alin. (1) lit. a)] și care fac angajamentele obligatorii [pentru întreprinderi] (art. 9).

Art. 7 din Regulamentul nr. 1/2003 dispune că, atunci când Comisia, acționând ca urmare a unei plângeri sau din oficiu, constată că există o încălcare a art. 101 sau art. 102 din tratat, poate solicita printr-o decizie întreprinderilor și asocierilor de întreprinderi în cauză să înceteze respectiva încălcare. În acest scop, ea poate impune orice măsuri corective comportamentale sau structurale care sunt proporționale cu încălcarea comisă și necesare pentru încetarea efectivă a încălcării. Art. 24 alin. (1) lit. a) din Regulamentul nr. 1/2003 permite Comisiei să impună penalități cu titlu cominatoriu de până la 5% din cifra de afaceri zilnică medie din

¹² Principiile generale ale efectivității și echivalenței din dreptul UE (a se vedea textul care însoțește nota 18, *infra*) impun totuși ca aceste competențe să fie efective și cel puțin echivalente celor pe care statul membru le-ar preciza în situații comparabile de aplicare a propriului drept național.

exercițiul financiar precedent pentru fiecare zi de întârziere în scopul obligării întreprinderilor sau asocierilor [de întreprinderi] să se conformeze cu decizia potrivit art. 7.

Art. 23 alin. (2) lit. a) din Regulamentul nr. 1/2003 dispune posibilitatea Comisiei de a impune amenzi de până la 10% din cifra de afaceri totală din exercițiul financiar precedent întreprinderilor și asocierilor de întreprinderi atunci când, în mod intenționat sau din neglijență, încalcă art. 101 sau art. 102 TFUE.

Art. 9 din Regulamentul nr. 1/2003 dispune că, atunci când Comisia intenționează să adopte o decizie care impune încetarea încălcării, iar întreprinderile în cauză propun angajamente pentru a răspunde preocupărilor exprimate de Comisie în evaluarea sa preliminară, Comisia poate, printr-o decizie, să facă respectivele angajamente obligatorii pentru întreprinderi. Art. 24 alin. (1) lit. c) împuternicește Comisia să impună penalități cu titlu cominatoriu pentru a obliga la respectarea unui angajament devenit obligatoriu, iar art. 23 alin. (2) lit. c) permite Comisiei să impună amenzi în cazul în care nu se respectă, în mod intenționat sau din neglijență, un angajament devenit obligatoriu¹³.

Art. 8 din Regulamentul nr. 1/2003 împuternicește Comisia să adopte măsuri provizorii, iar art. 10 să constate neaplicarea (deciziilor de neîncălcare), însă, de la intrarea în vigoare a Regulamentului nr. 1/2003, la 1 mai 2004, niciuna dintre aceste competențe nu a fost utilizată¹⁴.

Instanțele UE au interpretat competențele de aplicare ale Comisiei, astfel instituite în Regulamentul nr. 1/2003, și în lumina dispozițiilor tratatului. În *Masterfoods*, de exemplu, Curtea de Justiție a reținut că, „[...] în vederea îndeplinirii rol[ului] care i-a fost atribuit prin [art. 105 alin. (1) TFUE], Comisia nu poate fi ținută printr-o decizie a unei instanțe naționale în aplicarea [art. 101 și art. 102 TFUE]. Comisia este, prin urmare, în drept să adopte în orice moment decizii individuale în aplicarea [art. 101 și art. 102 TFUE], chiar dacă un acord sau o practică face deja obiectul unei decizii a unei instanțe naționale, iar decizia vizată de Comisie este în contradicție cu acea decizie jurisdicțională”¹⁵.

B. Autoritățile naționale de concurență

1. Competențe de investigație

Regulamentul nr. 1/2003 nu a armonizat competențele de investigație ale autorităților naționale de concurență. Competențele de investigație ale autorității de concurență a unui stat membru sunt, astfel, în principiu, cele precizate în dreptul național al aceluia stat membru.

¹³ Art. 9 alin. (2) lit. b) din Regulamentul nr. 1/2003 permite, de asemenea, Comisiei redeschiderea procedurii dacă întreprinderile în cauză acționează în mod contrar angajamentelor lor. Cu privire în general la deciziile privind angajamente, a se vedea articolele mele *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003*, în (2006) 29 *World Competition*, p. 345, și *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, în (2008) 31 *World Competition*, p. 335.

Cu privire la executarea deciziilor care impun amenzi sau penalități cu titlu cominatoriu, a se vedea art. 299 TFUE și nota 11, *supra*.

¹⁴ A se vedea Comisia Europeană, Raport privind funcționarea Regulamentului nr. 1/2003, COM(2009) 206, și documentul de lucru al serviciilor Comisiei însoțitor, SEC(2009) 574, din 29 aprilie 2009, și A. Nordsjo, *Regulation 1/2003: Power of the Commission to Adopt Interim Measures*, în (2006) *European Competition Law Review*, p. 299.

¹⁵ Hotărârea din 14 decembrie 2000 în cauza C-344/98, *Masterfoods*, ECR [2000], p. I-11412, pct. 48.

Art. 22 alin. (1) din Regulamentul nr. 1/2003 dispune că „[a]utoritatea de concurență a unui stat membru poate desfășura pe propriul teritoriu orice inspecție sau investigație în temeiul legislației naționale în numele și pentru autoritatea de concurență a unui alt stat membru, pentru a stabili dacă a avut loc o încălcare a art. [101] sau art. [102] din tratat. Orice schimb și utilizare a informațiilor obținute se desfășoară în conformitate cu art. 12”¹⁶.

Această dispoziție permite autorităților naționale de concurență utilizarea propriilor competențe de investigație pentru a se ajuta reciproc, nu o obligație de a proceda astfel, spre deosebire de art. 22 alin. (2) din Regulamentul nr. 1/2003 care obligă autoritățile naționale de concurență să întreprindă inspecții în numele Comisiei la cererea acesteia din urmă¹⁷. Cu toate acestea, s-ar putea susține că principiul cooperării sincere între statele membre și Uniune în temeiul art. 4 alin. (3) TUE, coroborat cu Regulamentul nr. 1/2003, nu ar fi respectat de către un stat membru a cărui autoritate de concurență refuză în mod nejustificat cereri întemeiate de asistență de la alte autorități naționale de concurență.

Pe când în principiu dreptul național al fiecărui stat membru stabilește astfel competențele de investigație ale autorităților naționale de concurență, din principiile generale ale dreptului UE, în special din principiile echivalenței și efectivității, rezultă anumite constrângeri importante¹⁸.

Aceste două principii, care au fost dezvoltate în jurisprudența instanțelor UE, se aplică ori de câte ori dreptul UE împuternicește statele membre să pună în aplicare dreptul UE. Principiul echivalenței impune ca statele membre să nu discrimineze împotriva punerii în executare a dreptului UE în comparație cu executarea comparabilă a dreptului național. Principiul efectivității impune ca aplicarea dreptului UE să fie efectivă. Principiul efectivității este reflectat la art. 35 alin. (1) din Regulamentul nr. 1/2003, care impune statelor membre să desemneze autoritatea sau autoritățile de concurență competente cu aplicarea art. 101 și art. 102 TFUE, într-un astfel de mod încât dispozițiile acestui regulament să fie respectate în mod efectiv¹⁹.

De exemplu, în temeiul principiului echivalenței, un stat membru care a acordat autorității sale de concurență competența de a desfășura inspecții la locuințe private în legătură cu încălcări suspectate ale acelor dispoziții din dreptul național al concurenței corespondente art. 101 și

¹⁶ Cu privire la art. 12 din Regulamentul nr. 1/2003, a se vedea textul ce însoțește notele 93-102, *infra*. Chiar dacă nu se menționează în mod expres în Regulamentul nr. 1/2003, nimic nu împiedică Comisia să își utilizeze competențele sale de investigație în numele unei autorități naționale de concurență. Transmiterea de informații astfel strânse și utilizarea lor subsecventă de către autoritatea națională de concurență ar fi reglementată încă o dată de art. 12 din Regulamentul nr. 1/2003.

¹⁷ A se vedea textul ce însoțește nota 12, *supra*; a se vedea și textul însoțitor al notei 11 *supra* în ceea ce privește obligațiile autorităților (naționale) de concurență în a asista Comisia în temeiul art. 20 alin. (5) și art. 20 alin. (6) din Regulamentul nr. 1/2003.

¹⁸ A se vedea, printre altele, hotărârile Curții de Justiție din 21 septembrie 1989 în cauza 68/88, *Comisia/Grecia*, ECR [1989], p. 2965, pct. 23-25, din 15 septembrie 1998 în cauza C-231/96, *Edis*, ECR [1998], p. I-4990, pct. 34 și 36-37, și din 18 octombrie 2001 în cauza C-354/99, *Comisia/Irlanda*, ECR [2001], p. I-7657, pct. 46; a se vedea și P. Oliver, *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, în (2005) 41 Cahiers de droit européen, p. 351, și I. Simonsson, *Legitimacy in EU Cartel Control* (Hart, 2010), capitolul 6.

¹⁹ A se vedea hotărârea Curții de Justiție din 7 decembrie 2010 în cauza C-439/08, *VEBIC*, nepublicată încă în Rep..

art. 102 TFUE²⁰, este obligat să dispună aceeași competență în raport cu încălcările suspectate ale art. 101 și art. 102 TFUE.

S-ar putea susține și că, în temeiul principiului efectivității, tuturor statelor membre le revine o obligație de a preciza pentru autoritățile lor naționale de concurență competența de a desfășura inspecții la locuințe private. Într-adevăr, competența Comisiei de a acționa astfel se întemeiază pe următorul motiv din considerentul (26) al Regulamentului nr. 1/2003: „Experiența acumulată a arătat că există situații în care documentele de afaceri sunt păstrate în locuințele directorilor sau ale altor persoane care lucrează pentru o întreprindere. De aceea, pentru a garanta eficiența inspecțiilor, reprezentanții oficiali și alte persoane autorizate de Comisie ar trebui să fie autorizate să intre în orice incinte unde sunt păstrate documentele de afaceri, inclusiv în locuințe private. [...]”. Nu este evident de ce această nevoie de competențe pentru a inspecta locuințe private astfel pentru a garanta efectivitatea inspecțiilor ar fi cumva diferită în cazul investigațiilor desfășurate de autoritățile naționale de concurență.

O astfel de argumentație nu ar conduce la concluzia că autoritățile de concurență din statele membre care nu au precizat (încă) în legislația lor o competență de a inspecta locuințe particulare ar putea pretinde acum a avea o astfel de putere în temeiul dreptului UE. Aceasta ar fi contrar principiului securității juridice, un alt principiu general al dreptului UE²¹. Comisia ar putea însă introduce posibil acțiuni împotriva statelor membre în fața Curții de Justiție în temeiul art. 258 TFUE și, dacă este necesar, ulterior în temeiul art. 260 TFUE, pentru a determina statele membre să adopte legislația necesară.

De la intrarea în vigoare a Regulamentului nr. 1/2003, s-a produs în practică un anumit grad de convergență voluntară a competențelor de executare ale autorităților naționale de concurență²². Aceasta a fost indusă, în parte, de discuții între Comisia Europeană și autoritățile naționale de concurență în cadrul REC. REC are un grup de lucru privind aspecte de cooperare și drepturi de apărare, care lucrează în prezent la convergența suplimentară atât în privința competențelor de investigație, cât și a celor de a adopta decizii²³.

2. Competențe de a adopta decizii

În ceea ce privește competențele autorităților naționale de concurență de a adopta decizii, art. 5 din Regulamentul nr. 1/2003 dispune după cum urmează: „Autoritățile de concurență ale statelor membre sunt competente să aplice [art. 101 și art. 102 TFUE] în cazuri individuale. În acest scop, acționând din oficiu sau ca urmare a unei plângeri, ele pot lua următoarele decizii:

- să solicite încetarea unei încălcări;
- să dispună măsuri provizorii;

²⁰ Toate statele membre ale UE au legislații naționale în materia concurenței care conțin dispoziții asemănătoare art. 101 și art. 102 TFUE, însă fără cerințe referitoare la efectul asupra schimburilor între statele membre și asupra unei părți semnificative a pieței interne; a se vedea și art. 3 din Regulamentul nr. 1/2003.

²¹ A se vedea hotărârile Curții de Justiție din 7 ianuarie 2004 în cauza C-60/02, X, ECR [2004], p. I-651, pct. 61, și din 3 mai 2005 în cauzele conexe C-387/02 etc., *Berlusconi*, ECR [2005], p. I-3565, pct. 74.

²² A se vedea documentul de lucru al serviciilor, nota 14, *supra*, secțiunea 5.1.5.

²³ A se vedea ECN Brief Special Issue *A look inside the ECN: its members and its work* (decembrie 2010), la adresa http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2010/brief_special.pdf p. 9.

- să accepte angajamente;
- să impună amenzi, penalități cu titlu cominatoriu sau orice alte sancțiuni prevăzute de dreptul lor național.

Atunci când, pe baza informațiilor de care dispun, condițiile de interdicție nu sunt îndeplinite, ele pot decide de asemenea că nu există motive pentru a interveni”.

Art. 5 din Regulamentul nr. 1/2003 stabilește prin urmare ce tipuri de decizii pot adopta autoritățile naționale de concurență (și, invers, ce tipuri de decizii nu pot adopta, în special constatări de neaplicare sau decizii de neîncălcare)²⁴.

Spre deosebire de dispozițiile mai detaliate din Regulamentul nr. 1/2003 privind competențele Comisiei de a adopta decizii, art. 5 lasă fără răspuns mai multe întrebări importante, de exemplu, aceea dacă autoritățile naționale de concurență pot impune nu doar măsuri corective comportamentale, ci și măsuri structurale, precum și cuantumul maxim al amenzilor și al penalităților cu titlu cominatoriu. Aceste chestiuni sunt, prin urmare, lăsate, în principiu, dreptului național al fiecărui stat membru, împreună cu întrebarea ce alte sancțiuni (de exemplu, ineligibilitatea sau sancțiunea cu închisoarea pentru directori), dacă există, se dispun.

În timp ce, în principiu, dreptul național al fiecărui stat membru stabilește astfel, în cadrul art. 5 din Regulamentul nr. 1/2003, competențele precise de a adopta decizii ale autorităților naționale de concurență, se aplică principiile generale ale dreptului UE al echivalenței și efectivității²⁵.

În temeiul principiului echivalenței, de exemplu, un stat membru care dispune închisoarea ca sancțiune în legătură cu o interzicere a înțelegerilor în dreptul național trebuie să facă în același fel în legătură cu interzicerea înțelegerilor prin art. 101 TFUE²⁶.

Principiul efectivității impune, de exemplu, ca sancțiunile aplicate de autoritățile naționale de concurență să aibă un nivel suficient pentru a fi efective²⁷.

În *VEBIC*, Curtea de Justiție a reținut și că art. 35 din Regulamentul nr. 1/2003 trebuie interpretat a se opune unor norme naționale care nu permit unei autorități naționale de

²⁴ Autoritățile naționale de concurență nu au prin urmare competența de a adopta decizii asemănătoare deciziilor pe care le poate adopta Comisia în temeiul art. 10 din Regulamentul nr. 1/2003; a se vedea textul ce însoțește nota 14, *supra*. Această diferență se află în legătură cu rolul particular al Comisiei în clarificarea dreptului și în asigurarea aplicării sale coerente în cadrul UE; a se vedea concluziile avocatului general Mazák din 7 decembrie 2010 în cauza C-375/09, *Tele2 Polska*, nepublicate încă în Rep., și *Principles of European Antitrust Enforcement*, la nota 1, *supra*, secțiunea 1.1.4.3.3.

²⁵ A se vedea textul ce însoțește nota 18, *supra*.

²⁶ A se vedea pentru detalii articolul meu *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?*, (2005) 28 *World Competition*, p. 117.

²⁷ A se vedea și hotărârea Curții de Justiție din 11 iunie 2009 în cauza C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst/X*, Rep. 2009, p. I-4833, pct. 37: „Efectivitatea sancțiunilor aplicate de autoritățile naționale sau [UE] de concurență în temeiul [art. 103 alin. (2) lit. a) TFUE] reprezintă, așadar, o condiție a aplicării coerente a [art. 101 și art. 102 TFUE]”.

concrență să participe, în calitate de pârât, în cadrul unei proceduri judiciare îndreptate împotriva unei decizii adoptate de această autoritate²⁸.

II. Drepturi și garanții procedurale

Mai multe drepturi și garanții procedurale circumscriu sau limitează competențele (sau utilizarea lor de către) autoritățile de concurență. Pentru a menționa câteva exemple:

Art. 18 din Regulamentul nr. 1/2003 stipulează posibilitatea Comisiei de a adresa solicitări de informații „[p]entru a-și îndeplini îndatoririle atribuite prin prezentul regulament” și că cererea sau decizia „indică temeiul juridic și scopul acestei cereri”. Curtea de Justiție a clarificat că aceasta implică faptul că cererea trebuie să identifice „cu precizie rezonabilă”, încălcarea suspectată a art. 101 sau art. 102 TFUE și că ea poate fi făcută doar dacă „Comisia ar putea presupune în mod întemeiat, la data cererii, că documentul [sau alte informații cerute] ar ajuta-o să stabilească dacă a avut loc încălcarea susținută”²⁹. Potrivit hotărârii *Orkem* a Curții de Justiție, precum și considerentului (23) al Regulamentului nr. 1/2003, Comisia nu își poate utiliza competențele în temeiul art. 18 din Regulamentul nr. 1/2003 pentru a obliga întreprinderile să admită săvârșirea unei încălcări a art. 101 sau art. 102 TFUE³⁰. Potrivit hotărârii *AM & S* a Curții de Justiție, Comisia nu poate utiliza competențele sale de investigație pentru a lua sau a obliga prezentarea de comunicări între avocat și client realizate în scopul și pentru interesele drepturilor de apărare ale clientului și care provin de la avocați independenți (secretul profesional)³¹. În ceea ce privește inspecțiile la locuințe private, art. 21 alin. (3) din Regulamentul nr. 1/2003 precizează că o decizie a Comisiei care impune o astfel de inspecție „nu poate fi executată fără autorizarea prealabilă a autorității judiciare naționale a statului membru în cauză”.

²⁸ Hotărârea din 7 decembrie 2010 în cauza C-439/08, *VEBIC*, nepublicată încă în Rep.. Cauza a privit dreptul belgian, care nu preciza vreun rol pentru Autoritatea belgiană de concurență în acțiuni în fața Curții de Apel din Bruxelles împotriva deciziilor Consiliului Concurenței, care este organism de adoptare de decizii în cadrul Autorității belgiene de concurență și care, potrivit dreptului belgian, este instanță administrativă [autoritate administrativă și judiciară].

²⁹ Concluziile avocatului general Jacobs din 15 decembrie 1993 în cauza C-36/92 P, *SEP/Comisia*, ECR [1994], p. I-1914 (poziție aprobată în mod explicit de Curtea de Justiție în hotărârea sa din 19 mai 1994 în aceeași cauză, ECR [1994], p. I-1932, pct. 21), la pct. 30 și 21.

³⁰ Hotărârea din 18 octombrie 1989 în cauza 374/87, *Orkem/Comisia*, ECR [1989], p. 3343, pct. 35-40. Societățile sunt totuși obligate să răspundă la întrebări asupra faptelor și să pună la dispoziție documente, chiar dacă aceste informații pot fi utilizate pentru a stabili împotriva lor existența unei încălcări. A se vedea și concluziile avocatului general Geelhoed din 19 ianuarie 2006 și hotărârea Curții de Justiție din 29 iunie 2006 în cauza C-301/04 P, *Comisia/SGL Carbon*, ECR [2006], p. I-5915.

³¹ Hotărârea din 18 mai 1982 în cauza 155/79, *AM & S/Comisia*, ECR [1982], p. 1575, în special pct. 18, 20, 21 și 23; a se vedea și concluziile avocatului general Kokott din 29 aprilie 2010 și hotărârea Curții de Justiție din 14 septembrie 2010 în cauza C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals și Akcros Chemicals/Comisia*, nepublicate încă în Rep., și E. Gippini-Fournier, *Legal Professional Privilege in Competition Proceedings Before the European Commission: Beyond the Cursory Glance*, în B.E. Hawk (ed.) *2004 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law and Policy* (Juris Publishing, 2005), p. 587.

Art. 27 alin. (1) din Regulamentul nr. 1/2003 precizează că, înainte de a adopta o decizie care constată o încălcare, care dispune încetarea încălcării, care dispune măsuri provizorii și/sau care impune amenzi și/sau penalități cu titlu cominatoriu, „Comisia acordă întreprinderilor și asocierilor de întreprinderi care fac obiectul procedurilor desfășurate de Comisie ocazia de a-și exprima punctul de vedere cu privire la obiecțiunile formulate de Comisie. Comisia își fundamentează deciziile doar pe obiecțiunile asupra cărora părțile în cauză au putut prezenta comentarii. [...]”. Art. 27 alin. (2) adaugă faptul că părțile „au dreptul de acces la dosarul Comisiei, sub rezerva interesului legitim al întreprinderilor de a-și proteja secretele de afaceri. Dreptul de acces la dosar nu include accesul la informațiile confidențiale și la documentele interne ale Comisiei sau ale autorităților de concurență ale statelor membre”. Art. 12 din Regulamentul Comisiei nr. 773/2004 dispune că Comisia oferă părților cărora le-a adresat o comunicare privind obiecțiunile posibilitatea de a-și prezenta argumentele în cadrul unei audieri, dacă acestea solicită acest lucru în observațiile scrise³². Art. 14 alin. (1) din Regulamentul nr. 773/2004 dispune că „[a]udiierile sunt efectuate în deplină independență de un consilier-auditor”³³.

În temeiul art. 263 TFUE, destinatarii deciziilor Comisiei (precum și terții care sunt vizați direct și individual) pot introduce o acțiune în anularea deciziei în fața Tribunalului Uniunii Europene și un recurs ulterior la Curtea de Justiție, care privește chestiuni de drept. Curtea poate anula decizia Comisiei, în întregime sau parțial. Potrivit jurisprudenței instanțelor UE, instanțele UE „exercită, în mod general, un control complet asupra problemei dacă sunt sau nu sunt îndeplinite condițiile de aplicare a regulilor de concurență”³⁴. În temeiul art. 261 TFUE și art. 31 din Regulamentul nr. 1/2003, Tribunalul are „plenitudine de competență cu privire la acțiunile introduse împotriva deciziilor prin care Comisia stabilește o amendă sau o penalitate cu titlu cominatoriu. Curtea de Justiție poate elimina, reduce sau mări amenda sau penalitatea cu titlu cominatoriu aplicată”.

Acest articol nu încearcă să enumere toate drepturile și garanțiile procedurale care circumscriu sau limitează competențele de aplicare în materia concurenței ale Comisiei și ale autorităților naționale de concurență³⁵, ci urmărește să descrie în general raporturile dintre diferitele izvoare de drept care guvernează aceste chestiuni: legislația UE și cea națională, Carta drepturilor

³² Regulamentul (CE) nr. 773/2004 al Comisiei din 7 aprilie 2004 privind desfășurarea procedurilor puse în aplicare de Comisie în temeiul art. 81 și 82 din Tratatul CE, JO L 123, 2004, p. 18 [Ediție specială, 08/vol. 1, p. 242; n.t.]. Acest regulament se întemeiază pe art. 33 din Regulamentul nr. 1/2003, care permite Comisiei adoptarea de dispoziții de punere în aplicare a aceluși regulament.

³³ Potrivit art. 1 din Decizia nr. 2001/462 a Comisiei din 23 mai 2001 privind mandatul consilierilor-auditori în anumite proceduri în domeniul concurenței, JO L 162, 2001, p. 21 [Ediție specială, vol. 08/1, p. 108; n.t.], sarcina generală a consilierului-auditor este de a asigura respectarea exercitării efective a dreptului de a fi audiat. În acest scop, consilierul-auditor decide asupra cererilor de extindere a termenului pentru a răspunde la o comunicare a obiecțiunilor (art. 10 din Decizia nr. 2001/462), decide asupra litigiilor privind accesul la dosar și divulgarea de informații confidențiale (art. 8 și 9 din Decizia nr. 2001/462), conduce audierea orală și informează asupra respectării dreptului de a fi audiat (art. 13, 15 și 16 din Decizia nr. 2001/462).

³⁴ Hotărârea Tribunalului din 17 septembrie 2007 în cauza T-201/04, *Microsoft/Comisia*, Rep. 2007, p. II-3601; a se vedea pentru detalii articolul meu *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR*, (2010) 33 *World Competition*, p. 5 [traducere în limba română: *Nivelul crescut al amenzilor pentru antitrust în UE, controlul judecătoresc și Convenția europeană a drepturilor omului*, R.R.D.E. nr. 3/2010, p. 73; n.t.], și F. Castillo de la Torre, *Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases*, (2009) 32 *World Competition*, p. 505.

³⁵ A se vedea lucrările menționate la nota 1, *supra*.

fundamentale a UE, Convenția europeană a drepturilor omului și jurisprudența instanțelor UE și a Curții Europene a Drepturilor Omului.

A. Comisia Europeană

Cerințele procedurale incidente procedurii Comisiei Europene de aplicare a normelor în materia concurenței decurg în principal din Carta drepturilor fundamentale a UE (denumită în continuare și „carta” și „CDFUE”), din Convenția europeană a drepturilor omului (denumită în continuare și „convenția” și „CEDO”), din principiile generale ale dreptului UE, din regulamentele UE (în special din Regulamentul nr. 1/2003 și Regulamentul nr. 773/2004) și, în anumite circumstanțe, și din propriile declarații și propria practică a Comisiei.

1. Carta drepturilor fundamentale a UE

Art. 6 alin. (1) din Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE), astfel modificat prin Tratatul de la Lisabona, declară: „Uniunea recunoaște drepturile, libertățile și principiile prevăzute în Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene din 7 decembrie 2000, astfel cum a fost adoptată la 12 decembrie 2007, la Strasbourg, care are aceeași valoare juridică cu cea a tratatelor”³⁶.

Carta nu creează drepturi noi³⁷. Potrivit preambulului său, obiectivul este „consolidarea protecției drepturilor fundamentale, făcându-le mai vizibile prin cartă [...]”. Carta „reafirmă [...] drepturile care rezultă în principal din tradițiile constituționale și din obligațiile internaționale comune statelor membre, din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale [...], precum și din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene și a Curții Europene a Drepturilor Omului”³⁸.

Art. 52 din CDFUE conține următoarele dispoziții privind interpretarea drepturilor cuprinse în cartă³⁹: „[...] (2) Drepturile recunoscute prin prezenta cartă care fac obiectul unor dispoziții prevăzute de tratate se exercită în condițiile și cu respectarea limitelor stabilite de acestea.

(3) În măsura în care prezenta cartă conține drepturi ce corespund unor drepturi garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, înțelesul și întinderea lor sunt aceleași ca și cele prevăzute de convenția menționată. Această dispoziție nu împiedică dreptul Uniunii să confere o protecție mai largă.

(4) În măsura în care prezenta cartă recunoaște drepturi fundamentale, așa cum rezultă acestea din tradițiile constituționale comune statelor membre, aceste drepturi sunt interpretate în conformitate cu tradițiile menționate. [...]

³⁶ Textul definitiv al cartei a fost publicat în JO C 303, 2007, p. 1.

³⁷ A se vedea și Camera Lorzilor din Regatul Unit, European Union Committee [Comisia pentru Uniunea Europeană], 10th Report of Session 2007-08, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, vol. I: raport, par. 5.37-5.103.

³⁸ A se vedea și Declarația nr. 1 privind Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, anexată Actului final al conferinței interguvernamentale care a adoptat Tratatul de la Lisabona, JO C 306, 2007, p. 249.

³⁹ A se vedea și ultimul paragraf din art. 6 alin. (1) TUE: „Drepturile, libertățile și principiile prevăzute în cartă se interpretează în conformitate cu dispozițiile generale din titlul VII [art. 51-54] al cartei privind interpretarea și punerea sa în aplicare și cu luarea în considerare în mod corespunzător a explicațiilor menționate în cartă, care prevăd izvoarele acestor dispoziții”.

(7) Instanțele judecătorești ale Uniunii și ale statelor membre țin seama de explicațiile redactate în vederea orientării interpretării prezentei carte⁴⁰.

Potrivit explicației privind art. 52 alin. (3) din CDFUE, înțelesul și domeniul de aplicare a drepturilor care corespund celor garantate prin Convenția europeană a drepturilor omului trebuie stabilite nu doar prin referire la textul convenției, ci și, printre altele, prin referire la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului⁴¹.

În scopul interpretării adecvate a drepturilor cuprinse în cartă, este așadar necesar să se cunoască care este izvorul fiecăruia dintre aceste drepturi (CEDO, tratate, tradiții constituționale comune statelor membre, altele). Explicațiile cartei oferă îndrumare în această privință.

Principalele dispoziții ale cartei, relevante în contextul aplicării normelor UE în domeniul concurenței, sunt cuprinse la art. 7 (respectarea vieții private și de familie, a domiciliului și a secretului comunicațiilor)⁴², art. 41 (dreptul la buna administrare, inclusiv, între altele, dreptul de a fi ascultat și dreptul de acces la dosarul propriu)⁴³, art. 47 (dreptul la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil)⁴⁴, art. 48 (prezumția de nevinovăție și dreptul la apărare)⁴⁵,

⁴⁰ Aceste explicații au fost publicate în JO C 303, 2007, p. 17.

⁴¹ Nota 40, *supra*, și hotărârea Curții de Justiție din 22 decembrie 2010 în cauza C-279/09, *DEB/Bundesrepublik Deutschland*, nepublicată încă în Rep., pct. 35.

⁴² „Art. 7 – Respectarea vieții private și de familie. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții private și de familie, a domiciliului și a secretului comunicațiilor”.

⁴³ „Art. 41 – Dreptul la bună administrare. (1) Orice persoană are dreptul de a beneficia, în ce privește problemele sale, de un tratament imparțial, echitabil și într-un termen rezonabil din partea instituțiilor, organelor, oficiilor și agențiilor Uniunii.

(2) Acest drept include în principal:

(a) dreptul oricărei persoane de a fi ascultată înainte de luarea oricărei măsuri individuale care ar putea să îi aducă atingere;

(b) dreptul oricărei persoane de acces la dosarul propriu, cu respectarea intereselor legitime legate de confidențialitate și de secretul profesional și comercial;

(c) obligația administrației de a-și motiva deciziile.

(3) Orice persoană are dreptul la repararea de către Uniune a prejudiciilor cauzate de către instituțiile sau agenții acesteia în exercitarea funcțiilor lor, în conformitate cu principiile generale comune legislațiilor statelor membre.

(4) Orice persoană se poate adresa în scris instituțiilor Uniunii în una dintre limbile tratatelor și trebuie să primească răspuns în aceeași limbă”.

⁴⁴ „Art. 47 – Dreptul la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil. Orice persoană ale cărei drepturi și libertăți garantate de dreptul Uniunii sunt încălcate are dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești, în conformitate cu condițiile stabilite de prezentul articol.

Orice persoană are dreptul la un proces echitabil, public și într-un termen rezonabil, în fața unei instanțe judecătorești independente și imparțiale, constituită în prealabil prin lege. Orice persoană are posibilitatea de a fi consiliată, apărută și reprezentată.

Asistența juridică gratuită se acordă celor care nu dispun de resurse suficiente, în măsura în care aceasta este necesară pentru a-i asigura accesul efectiv la justiție”.

⁴⁵ „Art. 48 – Presumția de nevinovăție și dreptul la apărare. (1) Orice persoană acuzată este prezumată nevinovată până ce vinovăția va fi stabilită în conformitate cu legea.

(2) Oricărei persoane acuzate îi este garantată respectarea dreptului la apărare”.

art. 49 (principiile legalității și proporționalității infracțiunilor și pedepselor)⁴⁶ și art. 50 (dreptul de a nu fi judecat sau condamnat de două ori pentru aceeași infracțiune)⁴⁷.

Potrivit explicațiilor cartei⁴⁸:

- art. 7 din CDFUE (respectarea vieții private) are același sens și aceeași întindere cu art. art. 8 CEDO;
- alin. (1) și (2) lit. a) și b) din art. 41 din CDFUE (dreptul la bună administrare) se întemeiază pe jurisprudența instanțelor UE care recunoaște principiile generale ale dreptului UE, în timp ce alin. (2) lit. c) și alin. (3) și (4) reproduc art. 296 TFUE, art. 340 TFUE și art. 20 alin. (2) lit. d) și art. 25 TFUE;
- alin. (1) din art. 47 din CDFUE (dreptul la o cale de atac eficientă) se întemeiază pe art. 13 CEDO, însă este mai extins prin aceea că garantează dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești, reflectând un principiu general al dreptului UE recunoscut în jurisprudența Curții de Justiție, în timp ce alin. (2) și (3) din art. 47 CEDO (dreptul la un proces echitabil) are același sens cu art. 6 alin. (1) CEDO, însă un domeniu de aplicare mai extins prin aceea că ele nu sunt limitate la stabilirea de drepturi și obligații civile ori de acuzații penale;
- art. 48 din CDFUE (prezumția de nevinovăție și dreptul la apărare) are același sens și aceeași întindere cu art. 6 alin. (2) și (3) CEDO;
- art. 49 alin. (1) și (2) din CDFUE (principiul legalității infracțiunilor și pedepselor) are același sens și aceeași întindere cu art. 7 CEDO⁴⁹, pe când art. 49 alin. (3) din CDFUE (principiul proporționalității pedepselor) se întemeiază pe tradițiile constituționale comune statelor membre ale UE și pe jurisprudența Curții de Justiție;
- art. 50 din CDFUE (dreptul de a nu fi judecat sau condamnat de două ori pentru aceeași infracțiune) are același sens cu art. 4 din Protocolul nr. 7 la CEDO, însă domeniul său este extins întrucât se aplică nu doar în jurisdicția unui singur stat, ci în cadrul Uniunii Europene.

În sfârșit, art. 52 alin. (1) din cartă conține următoarea prevedere referitoare la exercitarea acestor drepturi: „Orice restrângere a exercițiului drepturilor și libertăților recunoscute prin prezenta cartă trebuie să fie prevăzută de lege și să respecte substanța acestor drepturi și libertăți. Prin respectarea principiului proporționalității, pot fi impuse restrângeri numai în cazul

⁴⁶ „Art. 49 – Principiile legalității și proporționalității infracțiunilor și pedepselor.

(1) Nimeni nu poate fi condamnat pentru o acțiune sau omisiune care, în momentul săvârșirii, nu constituia infracțiune potrivit dreptului intern sau dreptului internațional. De asemenea, nu se poate aplica o pedeapsă mai mare decât cea aplicabilă la momentul săvârșirii infracțiunii. În cazul în care, ulterior săvârșirii infracțiunii, legea prevede o pedeapsă mai ușoară, se aplică aceasta din urmă.

(2) Prezentul articol nu aduce atingere judecării și pedepsirii unei persoane care s-a făcut vinovată de o acțiune sau omisiune care, în momentul săvârșirii, era incriminată pe baza principiilor generale recunoscute de comunitatea națiunilor.

(3) Pedepsele nu trebuie să fie disproporționate față de infracțiune”.

⁴⁷ „Art. 50 – Dreptul de a nu fi judecat sau condamnat de două ori pentru aceeași infracțiune. Nimeni nu poate fi judecat sau condamnat pentru o infracțiune pentru care a fost deja achitat sau condamnat în cadrul Uniunii, prin hotărâre judecătorească definitivă, în conformitate cu legea”.

⁴⁸ Nota 40, *supra*, explicațiile cu privire la articolele în discuție și explicațiile privind art. 52; a se vedea și *DEB/Bundesrepublik Deutschland*, nota 41, *supra*, pct. 32.

⁴⁹ Explicațiile menționează ca excepție ultima frază din art. 49 alin. (1) CDFUE (regula retroactivității legii penale mai blânde). Această excepție a dispărut totuși subsecvent recunoașterii acestui principiu de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului în hotărârea sa din 17 septembrie 2009, cererea nr. 10249/03, *Scoppola împotriva Italiei*.

în care acestea sunt necesare și numai dacă răspund efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniune sau necesității protejării drepturilor și libertăților celorlalți”.

Nu poate exista îndoială că aplicarea efectivă a art. 101 și art. 102 TFUE constituie „obiectiv de interes general recunoscut [...] de Uniune”⁵⁰.

Importanța exigenței ca restrângerile să fie „prevăzute de lege” este ilustrată în cauza *Knauf*. Curtea de Justiție a infirmat hotărârea Tribunalului care reținuse că o societate nu putea invoca în fața Tribunalului pentru întâia oară un motiv care nu fusese contestat în procedura administrativă din fața Comisiei. Curtea a reținut că, „în absența unui temei juridic precis”, nu putea exista o astfel de restrângere a drepturilor la o cale de atac eficientă și la accesul la un tribunal independent, astfel garantate prin art. 47 din CDFUE⁵¹. Din [hotărârea] *Schecke și Eifert* reiese că o restrângere instituită printr-un regulament al Comisiei care pune în aplicare un regulament al Consiliului poate fi considerată a fi „prevăzută de lege”, în sensul art. 52 alin. (1) din CDFUE⁵².

2. Convenția europeană a drepturilor omului

Înainte de intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, instanțele UE se inspirau deja din Convenția europeană a drepturilor omului (la care toate statele membre ale UE sunt părți contractante)⁵³, precum și din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului care interpretează convenția, în dezvoltarea principiilor generale ale dreptului UE⁵⁴.

Precum s-a explicat anterior⁵⁵, drepturile garantate de Convenția europeană a drepturilor omului sunt cuprinse și în Carta drepturilor fundamentale a UE, unele într-o formă extinsă, iar art. 52 alin. (3) din CDFUE stipulează că drepturile cuprinse în cartă care corespund drepturilor garantate prin convenție au același sens și același domeniu cu drepturile corespondente din cartă, permițând în același timp o protecție mai extinsă în temeiul dreptului UE. De la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, cartă are în cadrul ordinii juridice a UE aceeași valoare juridică precum Tratatul UE.

Principalele dispoziții ale convenției relevante în contextul aplicării normelor UE în materia concurenței sunt art. 6 (dreptul la un proces echitabil), art. 7 (nicio pedeapsă fără lege),

⁵⁰ Potrivit hotărârii Curții de Justiție din 1 iunie 1999 în cauza C-126/97, *Eco Swiss/Benetton*, ECR [1999], p. I-3079, pct. 36, „[art. 101 TFUE] constituie o dispoziție fundamentală care este esențială pentru îndeplinirea sarcinilor acordate [Uniunii Europene] și, în special, pentru funcționarea pieței interne”; a se vedea și hotărârea din 7 ianuarie 2004 în cauzele conexe C-204/00 P etc., *Aalborg Portland și alții/Comisia*, ECR [2004], p. I-123, pct. 53 și 54, și concluziile avocatului general Geelhoed din 19 ianuarie 2006 în cauza C-301/04 P, *Comisia/SGL Carbon*, ECR [2006], p. I-5915, pct. 67.

⁵¹ Hotărârea din 1 iulie 2010 în cauza C-407/08 P, *Knauf/Comisia*, nepublicată încă în Rep., pct. 91.

⁵² Hotărârea Curții de Justiție din 9 noiembrie 2010 în cauzele conexe C-92/09 și C-93/09, *Schecke și Eifert/Land Hessen*, nepublicată încă în Rep., pct. 66.

⁵³ Pe lângă cele 27 de state membre ale UE, alte 20 de țări europene sunt membre ale Consiliului Europei și părți contractante la Convenția europeană a drepturilor omului; a se vedea <http://www.coe.int/>. Totuși, nu toate statele membre ale UE au semnat și ratificat toate protocoalele la convenție; a se vedea <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?MA=3&CM=16&CL=ENG>

⁵⁴ A se vedea textul ce însoțește nota 78, *infra*.

⁵⁵ A se vedea textul însoțitor al notelor 37-48, *supra*.

art. 8 (dreptul la respectarea vieții private), art. 13 (dreptul la o cale de atac efectivă) și art. 4 din Protocolul nr. 7 la convenție (dreptul de a nu fi judecat și pedepsit de două ori). Precum s-a explicat mai sus⁵⁶, prevederile corespondente ale cartei care conțin aceste drepturi, unele într-o formă extinsă, sunt art. 47 și art. 48 din CDFUE, art. 49 din CDFUE, art. 7 din CDFUE, încă o dată art. 47 CDFUE și, respectiv, art. 59 CDFUE.

În plus, art. 6 alin. (2) TUE dispune: „Uniunea aderă la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. [...]”⁵⁷. Negocierile privind aderarea Uniunii Europene la convenție au început la 7 iulie 2010⁵⁸.

Această aderare va deschide posibilitatea oricui care pretinde încălcarea drepturilor sale în temeiul convenției de către Comisia Europeană ori de către instanțele UE care controlează decizia Comisiei să introducă o acțiune împotriva Uniunii Europene în fața Curții Europene a Drepturilor Omului după epuizarea tuturor căilor de drept în fața instanțelor UE⁵⁹.

De-a lungul anilor, mai mulți autori, precum și mai mulți justițiabili în acțiunile în fața instanțelor UE au susținut că procedurile UE în domeniul concurenței nu sunt conforme cu convenția.

În *Bosphorus împotriva Irlandei*, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, examinând în general protecția drepturilor fundamentale prin dreptul UE, a constatat că „protecția drepturilor fundamentale prin dreptul [UE] poate fi considerată a fi [...] „echivalentă” [„comparabilă”] celei a sistemului convenției”⁶⁰.

⁵⁶ A se vedea textul însoțitor al notelor 48 și 49, *supra*.

⁵⁷ Art. 59 alin. (2) din CEDO, astfel introdus prin Protocolul nr. 14 la convenție, dispune: „Uniunea Europeană poate adera la această convenție”.

Art. 216 alin. (2) TFUE dispune: „Acordurile încheiate de Uniune sunt obligatorii pentru instituțiile Uniunii și pentru statele membre”.

⁵⁸ A se vedea http://www.coe.int/t/dc/files/themes/eu_and_coe/. Protocolul nr. 8 la Tratatul UE dispune că acordul de aderare trebuie să respecte „caracteristicile specifice ale Uniunii și ale dreptului Uniunii”. Art. 218 alin. (6) ii) și (8) TFUE impune încheierea acordului din partea UE printr-o decizie în unanimitate a Consiliului și cu aprobarea Parlamentului European, urmată de ratificarea de către statele membre. Art. 218 alin. (11) [TFUE] dispune posibilitatea ca un stat membru, Parlamentul European, Consiliul sau Comisia să ceară avizul Curții de Justiție cu privire la compatibilitatea acordului preconizat cu tratatele.

⁵⁹ În prezent, o cerere la Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru o încălcare pretinsă a CEDO în aplicarea dreptului UE în domeniul concurenței de către Comisia Europeană sau de către instanțele UE ar trebui introdusă fie împotriva tuturor statelor membre împreună, pe temeiul că ele au încheiat tratatele UE care permit încălcarea pretinsă (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, decizia din 4 iulie 2000 cu privire la admisibilitatea cererii nr. 51717/99 *Guérin împotriva celor 15 state membre ale UE*, și decizia din 10 martie 2004 cu privire la admisibilitatea cererii nr. 56672/00, *Senator Lines împotriva celor 15 state membre ale UE*) sau împotriva statului membru în care decizia Comisiei este executată potrivit art. 299 TFUE (a se vedea Comisia Europeană a Drepturilor Omului, decizia din 9 februarie 1990 privind cererea nr. 13258/87, *M & Co împotriva Germaniei*, și Curtea Europeană a Drepturilor Omului, hotărârea din 30 iunie 2005 în cauza *Bosphorus Airways împotriva Irlandei*, cererea nr. 45036/98).

⁶⁰ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 30 iunie 2005 în cauza *Bosphorus împotriva Irlandei*, cererea nr. 45036/98, par. 165 și 155. Această convergență a fost facilitată fără îndoială prin dialogul existent între Curtea de Justiție a UE și Curtea Europeană a Drepturilor Omului; a se vedea Declarația privind art. 6 alin. (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană, anexat Actului final al conferinței interguvernamentale care a adoptat Tratatul de la Lisabona, și prezentarea lui J.P. Costa, președintele Curții Europene a Drepturilor Omului, *The Relationship between the European Convention on Human Rights and European Union Law – A Jurisprudential Dialogue between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice* (King's College, Londra, 7 octombrie 2008), la adresa: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DA4C4A2E-0CBE-482A-A205-9EA0AA6E31F6/0/2008_Londres_King_s_College_7_10.pdf

Multe dintre susținerile de incompatibilitate cu convenția a procedurilor UE în domeniul concurenței pare a se întemeia pe argumentația următoare: *Primo*, aplicarea dreptului UE al concurenței are caracter „penal” în sensul convenției. *Secundo*, unele hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului pare a impune în anumite cauze penale un drept ori o garanție procedurală care nu pare a fi disponibilă în proceduri ale UE în domeniul concurenței. *Ergo*, procedurile UE în domeniul concurenței sunt incompatibile cu convenția.

O astfel de argumentație este susceptibilă să conducă la concluzii eronate în măsura în care ignoră jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului care distinge, în ceea ce privește nivelul protecției impus prin convenție, în funcție de circumstanțele speței: „În timp ce dreptul la un proces echitabil în temeiul art. 6 [din CEDO] este un drept absolut, ceea ce constituie un proces echitabil nu poate fi supus unei singure norme invariabile, ci trebuie să depindă de circumstanțele cauzei concrete”⁶¹.

În contextul procedurilor UE în domeniul concurenței, sunt relevante în mod special distincția între nucleul de drept penal și alte domenii de drept care nu au caracter penal în sensul mai extins al convenției de „penal”, precum și distincția între persoane fizice și societăți⁶².

Precum am explicat în detaliu în altă parte⁶³, deciziile Comisiei Europene potrivit art. 7 și/sau art. 23 din Regulamentul nr. 1/2003, care constată o încălcare a art. 101 sau art. 102 TFUE, care dispun încetarea și/sau care impun amenzi, privesc o „acuză penală” în sensul mai extins, autonom, al art. 6 din CEDO⁶⁴.

⁶¹ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului (Marea Cameră) din 29 iunie 2007 în cauza *O’Halloran și Francis împotriva Regatului Unit*, cererile nr. 15809/02 și nr. 25624/02, par. 53.

⁶² A se vedea concluziile avocatului general Ruiz-Jarabo Colomer din 17 octombrie 2002 în cauza C-338/00 P, *Volkswagen/Comisia*, ECR [2003], p. I-9189, pct. 66: „În general, [...] corpul de garanții elaborate în domeniul dreptului penal, care are ca protagoniști statul care sancționează, pe de o parte, și particularul acuzat de o infracțiune, pe de altă, nu este transferat *en bloc* în domeniul dreptului concurenței. Acele garanții sunt menite în mod precis să compenseze acel dezechilibru de putere. În cazul concurenței libere, acei parametri sunt modificați, de vreme ce se urmărește protejarea comunității de particulari care constituie societatea și care este compusă din grupuri de consumatori față de corporații puternice cu resurse semnificative. Acordarea către astfel de făptuitori a aceluși garanții procedurale precum acelea acordate celor mai în nevoie particulari, pe lângă faptul că ar fi o parodie, ar induce, în esență, un grad mai redus de protecție, în acest caz al protecției economice, pentru particular în calitate de victimă principală a conduitei anticoncurențiale. Consider, prin urmare, că este important ca regulile de procedură să fie adaptate domeniului specific al concurenței. [...]”.

⁶³ A se vedea articolul meu *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR*, în (2010) 33 *World Competition*, p. 5 [traducere în limba română: *Nivelul crescut al amenzilor pentru antitrust în UE, controlul judecătoresc și Convenția europeană a drepturilor omului*, R.R.D.E. nr. 3/2010, p. 73; n.t.], și articolele mele anterioare *La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l’homme*, în (1996) *Cahiers de droit européen*, p. 329, și *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, în (2004) *World Competition*, p. 201.

⁶⁴ Aceasta nu este contrazis de art. 23 alin. (5) din Regulamentul nr. 1/2003, care dispune că deciziile de amendare nu au caracter penal în sensul dreptului UE; a se vedea referințe la nota 63, *supra*. Deciziile privind angajamentele potrivit art. 9 din Regulamentul nr. 1/2003 nu stabilesc o acuzație „penală” în sensul art. 6 din CEDO, de vreme ce lasă deschisă chestiunea dacă a existat sau continuă să existe o încălcare a art. 101 sau art. 102 TFUE; a se vedea referințe la nota 63, *supra*, și hotărârea *Cour de cassation* franceze din 4 noiembrie 2008 în cauza 07-21.275, *Canal 9/Les Indépendants*.

Cu toate acestea, precum reiese din hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului în *Jussila împotriva Finlandei*⁶⁵, Curtea Europeană a Drepturilor Omului distinge, în gama largă de proceduri sau sancțiuni care au caracter „penal”, în sensul art. 6 din CEDO, între „nucleul de drept penal” și „cauze care nu aparțin strict categoriilor tradiționale ale dreptului penal”, care „diferă de nucleul de drept penal”. Aplicarea normelor în domeniul concurenței, astfel cum se realizează de către Comisia Europeană, care implică doar impunerea de amenzi societăților care nu sunt clasificate a avea caracter „penal” în temeiul dreptului intern, aparțin celei de-a doua categorii, care excede nucleul dreptului penal. Garanțiile oferite prin componenta penală, instituite la art. 6 din CEDO, „nu se aplică în mod necesar cu deplina lor rigoare” unor cauze care aparțin celei de-a doua categorii, în afara nucleului de drept penal⁶⁶.

Un exemplu de astfel de tratament diferențiat, menționat în mod precis în *Jussila împotriva Finlandei*⁶⁷, privește compatibilitatea cu art. 6 din CEDO a impunerii de amenzi penale, în primă instanță, de către un organism administrativ sau fără caracter jurisdicțional care combină competențe de investigație cu competențe de adoptare de decizii. În timp ce în cauze care aparțin nucleului de drept penal art. 6 din CEDO solicită ca sancțiunile să fie impuse de către un tribunal de primă instanță independent, nu este contrar art. 6 din CEDO ca sancțiuni care aparțin celei de-a doua categorii, care exced nucleului de drept penal, să fie impuse, în primă instanță, de către un organism administrativ sau fără caracter jurisdicțional care îmbină competențe de investigație cu competențe de adoptare de decizii, cu condiția existenței unei posibilități de atac „în fața unui organism jurisdicțional care are plenitudine de competență, inclusiv competența de a anula în toate privințele, în privința aspectelor de fapt și de drept, decizia atacată”⁶⁸. Faptul că în sistemul UE de aplicare a normelor de concurență, Comisia Europeană investighează și adoptă o decizie în primă instanță nu este, prin urmare, incompatibil cu convenția⁶⁹.

Distincția între persoane fizice și societăți poate avea relevanță și pentru nivelul protecției oferite de convenție⁷⁰.

De exemplu, în timp ce Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că protecția domiciliului dispusă la art. 8 din CEDO poate fi extinsă în anumite împrejurări pentru a include sediile întreprinderilor, ea a precizat și că dreptul autorităților publice de a aduce atingere

⁶⁵ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului (Marea Cameră) din 23 noiembrie 2006 în cauza *Jussila împotriva Finlandei*, cererea nr. 73053/01, par. 43.

⁶⁶ *Jussila împotriva Finlandei*, nota 65, *supra*, par. 43; a se vedea și hotărârea Tribunalului de Primă Instanță al UE din 8 iulie 2008 în cauza T-99/04, *AC-Treuhand/Comisia*, Rep. 2008, p. II-1501, pct. 113.

⁶⁷ *Jussila împotriva Finlandei*, nota 65, *supra*, par. 43.

⁶⁸ *Jussila împotriva Finlandei*, nota 65, *supra*, par. 65, și hotărârea din 21 mai 2003, *Janosevic împotriva Suediei*, cererea nr. 34619/97. Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului din 11 iunie 2009, *Dubus împotriva Franței*, cererea nr. 5242/04, nu conduce la o concluzie diferită, de vreme ce a privit o cauză în care organismul decident în primă instanță era un organism jurisdicțional potrivit dreptului francez; a se vedea par. 26 din hotărâre. Atunci când o parte contractantă a convenției alege să acorde competența de a adopta decizii în primă instanță unui organism jurisdicțional, precum a fost situația Comisiei bancare franceze în *Dubus*, acel organism jurisdicțional trebuie să îndeplinească el însuși cerințele art. 6 din CEDO. A se vedea pentru detalii, F. Zivy și I. Luc, *L'équité procédurale devant l'Autorité de la concurrence*, (2001) *Concurrences*, nr. 4, p. 85, la p. 92.

⁶⁹ Pentru o discuție detaliată dacă controlul deciziilor Comisiei de către instanțele UE îndeplinește cerințele convenției, a se vedea articolul meu menționat la nota 63, *supra*.

⁷⁰ A se vedea M. Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection* (Oxford, 2006).

acestui drept, în conformitate cu art. 8 alin. (2) din CEDO, „ar putea fi mai extins atunci când sunt implicate activități sau incinte profesionale sau de afaceri, decât dacă situația ar fi alta”⁷¹.

De asemenea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a acceptat, de exemplu, în privința acordării asistenței judiciare, o diferență de tratament între persoanele fizice și persoanele juridice, precum și o diferență de tratament între societățile cu scop lucrativ, pe de o parte, și persoanele fizice și persoanele juridice fără scop lucrativ, pe de alta⁷².

Precum am explicat în detaliu în altă parte⁷³, diferența între persoane fizice și persoane juridice poate avea relevanță și pentru protecția împotriva autoincriminării⁷⁴. Toate hotărârile existente ale Curții Europene a Drepturilor Omului privind protecția împotriva autoincriminării și dreptul de a tăcea au fost pronunțate în cauze privind persoane fizice⁷⁵. Până acum nu a fost adusă în fața Curții Europene a Drepturilor Omului nicio cauză privind o persoană juridică. Curtea Constituțională germană a reținut totuși că protecția împotriva autoincriminării conținută în Constituția germană nu se extinde la persoane juridice, întrucât este fondată pe protecția demnității persoanei umane⁷⁶. De asemenea, în temeiul Constituției SUA, persoanele juridice nu pot invoca protecția împotriva autoincriminării⁷⁷.

3. Principiile generale ale dreptului UE

Art. 6 alin. (3) TUE declară: „Drepturile fundamentale, astfel cum sunt garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și astfel cum rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre, constituie principii generale ale dreptului Uniunii”.

Anterior intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona, principiile generale ale dreptului UE (sau „principiile generale ale dreptului comunitar”, precum erau denumite la acea dată) erau, alături de regulamente, principalul izvor de drepturi procedurale⁷⁸. Dat fiind că, de la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, Carta drepturilor fundamentale a UE are aceeași valoare juridică cu tratatele, și dat fiind că cartea conține drepturi garantate de convenție și se inspiră și din tradițiile constituționale comune statelor membre, principiile generale ale dreptului UE

⁷¹ Hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului din 16 aprilie 2002 în *Colas Est și alții împotriva Franței*, cererea nr. 7971/97, par. 41, și din 16 octombrie 1991 în *Niemitz împotriva Germaniei*, seria A nr. 251-B, par. 19.

⁷² Decizia din 26 august 2008, cererea nr. 14565/04, *VP Diffusion împotriva Franței*; a se vedea și *DEB împotriva Bundesrepublik Deutschland*, menționată la nota 41, *supra*.

⁷³ A se vedea articolul meu *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, (2003) 26 *World Competition*, p. 567.

⁷⁴ A se vedea și concluziile avocatului general Geelhoed din 19 ianuarie 2006 în cauza C-301/04 P, *Comisia/SGL Carbon*, ECR [2006], p. I-5915, pct. 62-67.

⁷⁵ A se vedea, printre altele, *Funke împotriva Franței* (hotărârea din 25 februarie 1993, seria A, nr. 256-A), *John Murray împotriva Regatului Unit* (hotărârea din 8 februarie 1996, Reports 1996-I, p. 49), *Saunders împotriva Regatului Unit* (hotărârea din 17 decembrie 1996, Reports 1996-VI, p. 2064), *J.B. împotriva Elveției* (hotărârea din 3 mai 2001, cererea nr. 31827/96), *Weh împotriva Austriei* (hotărârea din 8 aprilie 2004, cererea nr. 38544/97), *O'Halloran și Francis împotriva Regatului Unit* (hotărârea din 29 iunie 2007, cererile nr. 15809/02 și nr. 25624/02).

⁷⁶ BVerG, 26 februarie 1997, 1 BvB 2172/96.

⁷⁷ *Braswell v Statele Unite*, 487 U.S. 99 (1988).

⁷⁸ A se vedea articolul meu anterior *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, (2006) 29 *World Competition*, p. 3.

sunt în prezent doar un izvor subsidiar și suplimentar de drepturi procedurale, care pot sluji la completarea oricărei lacune din cartă⁷⁹.

4. Regulamentele

Regulamentul nr. 1/2003 și Regulamentul Comisiei nr. 773/2004 instituie multe drepturi și garanții procedurale incidente în cadrul aplicării art. 101 și art. 102 TFUE de către Comisie⁸⁰. Considerentul (37) al Regulamentului nr. 1/2003 declară: „Prezentul regulament respectă drepturile fundamentale și principiile recunoscute mai ales de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene. În mod corespunzător, prezentul regulament ar trebui interpretat și aplicat cu respectarea drepturilor și principiilor în cauză”.

În privința anumitor drepturi și garanții procedurale, Regulamentul nr. 1/2003 codifică jurisprudența instanțelor UE. De exemplu, art. 20 alin. (8) din Regulamentul nr. 1/2003, care definește rolul instanțelor naționale în acordarea autorizării de asistență din partea autorităților naționale în cazul opoziției la o inspecție dispusă de Comisie, reia hotărârea *Roquette* a Curții de Justiție⁸¹. A doua frază a considerentului (23) al Regulamentului nr. 1/2003 reia jurisprudența *Orkem* privind autoincrimarea⁸².

O astfel de codificare legislativă a jurisprudenței ridică întrebarea în ce măsură instanțele UE ar trebui să se supună acestei codificări legislative sau opiniilor exprimate în procesul legislativ, în cauze în care justițiabilii le cer să extindă domeniul drepturilor și garanțiilor procedurale stabilite în jurisprudența anterioară. Această chestiune a fost dezbătută în *Akzo Chemicals și Akros Chemicals*, în care întrebarea a fost dacă protecția confidențialității comunicărilor, astfel recunoscută în *AM & S*, trebuia extinsă la consultația internă⁸³. Avocatul general Kokott a opinat că „[...] tocmai atunci când se așteaptă din partea Curții să continue dezvoltarea dreptului Uniunii Europene prin recunoașterea principiilor generale de drept, aceasta nu poate omite să țină seama de pozițiile adoptate de instituțiile Uniunii care sunt motivate de politica legislativă”⁸⁴.

⁷⁹ A se vedea Convenția Europeană, grupul de lucru II, documentul de lucru nr. 19, audierea dl-ui judecător Vassilios Skouris – 17 septembrie 2002, la adresa: <http://european-convention.eu.int/docs/wd2/3057.pdf> la pp. 8-9: „Sentimentul meu este acela că, din momentul în care UE dezvoltă un set obligatoriu de drepturi fundamentale, nu va mai fi necesară referirea la principiile generale ale dreptului și, în consecință, la tradițiile constituționale comune și la CEDO ca izvor paralel sau „concurrent și echivalent” pentru drepturi fundamentale; ele vor constitui doar un izvor subsidiar și suplimentar. În consecință, Curtea de Justiție ar recurge la principiile generale de drept doar pentru a suplini orice lacună în textul cartei”.

⁸⁰ A se vedea notele 4 și 32, *supra*. Demn de menționat sunt și Regulamentul nr. 1 al Consiliului de stabilire a regimului lingvistic al Comunității Economice Europene, JO P 17, 1958, p. 385 (Special English Edition 1952-58, p. 59) [Ediție specială, 01/vol. 1, p. 3; n.t.], modificat ultima oară prin Regulamentul (CE) nr. 1791/2006 al Consiliului (JO L 363, 2006, p. 1) și prin Decizia Comisiei nr. 2001/462, la nota 33, *supra*.

⁸¹ Hotărârea din 22 octombrie 2002 în cauza C-94/00, *Roquette*, ECR [2002], p. I-9011.

⁸² A se vedea (textul ce însoțește) nota 30, *supra*.

⁸³ A se vedea (textul care însoțește) nota 31, *supra*.

⁸⁴ Concluziile avocatului general Kokott din 29 aprilie 2010 și hotărârea din 14 septembrie 2010 în cauza C-550/07 P, *Akzo Chemicals și Akros Chemicals/Comisia*, nepublicate încă în Rep., pct. 107; a se vedea și articolul meu *Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law*, (2006) 29 World Competition, p. 3, la pp. 19-21.

5. Declarațiile și practica Comisiei

Deseori, Comisia și-a impus sieși reguli procedurale care depășesc cerințele instituite în jurisprudența instanțelor UE sau în regulamente ori în alte acte cu forță juridică obligatorie⁸⁵. De exemplu, în al doisprezecelea raport al său privind politica în domeniul concurenței, publicat în 1983, Comisia a instituit o procedură pentru asigurarea accesului la dosar. În *Hercules Chemicals*, Tribunalul a reținut ulterior că, chiar dacă nu existase o obligație anterioară a Comisiei de a acorda un astfel de acces la dosar, Comisia nu se putea îndepărta de la regulile pe care și le impusese sieși⁸⁶.

În 2010, Comisia a publicat bune practici privind desfășurarea procedurii privind art. 101 și art. 102 TFUE, prin care a anunțat mai multe amendamente la procedurile sale, menite să îmbunătățească transparența și predictibilitatea⁸⁷.

B. Autoritățile naționale

Regulamentul nr. 1/2003 nu a armonizat drepturile și garanțiile procedurale incidente în privința aplicării art. 101 și art. 102 TFUE de către autoritățile naționale de concurență. În principiu, regulile aplicabile sunt astfel cele dispuse în dreptul național al statului membru în cauză.

Dat fiind că toate statele membre sunt părți contractante la Convenția europeană a drepturilor omului, drepturile și garanțiile procedurale care rezultă din dispozițiile sale, astfel interpretate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, sunt aplicabile în toate statele membre⁸⁸.

Și Carta drepturilor fundamentale a UE are incidență în privința aplicării art. 101 sau art. 102 TFUE de către autoritățile naționale de concurență. Într-adevăr, art. 51 alin. (1) din cartă dispune: „Dispozițiile prezentei carte se adresează [...] statelor membre numai în cazul în care acestea pun în aplicare dreptul Uniunii. [...]”.

Aceeași este situația pentru principiile generale. Potrivit jurisprudenței Curții de Justiție, „cerințele ce decurg din protecția drepturilor fundamentale în ordinea juridică [a UE] obligă de asemenea statele membre în cazul în care acestea pun în aplicare regulile [UE]”⁸⁹.

⁸⁵ A se vedea art. 288 TFUE și nota 80, *supra*.

⁸⁶ Hotărârea din 17 decembrie 1991 în cauza T-7/89, *Hercules Chemicals/Comisia*, ECR [1991], p. II-1711, pct. 52 și 53. Precum s-a menționat anterior [(textul însoțitor la) notele 32 și 41], accesul la dosar este asigurat în prezent la art. 27 alin. (2) din Regulamentul nr. 1/2003 și la art. 41 alin. (2) lit. b) din CDFUE.

⁸⁷ IP/10/2 din 6 ianuarie 2010; textul bunelor practici este accesibil la http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_articles.pdf. În timp ce Comisia a început să aplice imediat aceste bune practici, ea a invitat și la prezentarea de comentarii publice în vederea ajustării lor.

⁸⁸ A se vedea (textul ce însoțește) nota 53, *supra*. Instanțele naționale ale unui stat membru pot interpreta Convenția europeană a drepturilor omului într-un mod mai extensiv decât Curtea Europeană a Drepturilor Omului. De exemplu, jurisprudența *Cour de cassation* franceză care interzice funcționarului care a desfășurat investigațiile să participe la deliberările organismului care adoptă decizii al autorității se întemeiază pe o interpretare a art. 6 din CEDO care depășește jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului; a se vedea F. Zivy și I. Luc, la nota 68, *supra*, par. 29-48.

⁸⁹ Hotărârea din 13 aprilie 2000 în cauza C-299/97, *Karlsson și alții*, ECR [2000], p. I-2760, pct. 37.

Protocolul nr. 30 la Tratatul UE privind aplicarea Cartei drepturilor fundamentale Poloniei și Regatului Unit este un protocol mai curând cu valoare de interpretare, decât o clauză de neparticipare și nu ar trebui, prin urmare, să conducă la o aplicare diferită a cartei în Regatul Unit și în Polonia (precum și în Republica Cehă) în comparație cu restul statelor membre⁹⁰.

Dreptul UE nu împiedică, de regulă, dreptul național să ofere drepturi sau garanții procedurale mai extinse decât impun cartea și principiile generale ale dreptului UE. De exemplu, dreptul național poate extinde protecția confidențialității comunicărilor la consultația internă⁹¹. Principiile generale ale dreptului UE al echivalenței și efectivității s-ar opune totuși unei dispoziții din dreptul național referitoare la drepturi sau garanții procedurale mai extinse, dacă protecțiile suplimentare fac punerea în executare a art. 101 și art. 102 TFUE mai dificilă decât aplicarea interdicțiilor echivalente din dreptul național al concurenței, sau dacă aceste protecții suplimentare fac aplicarea art. 101 și art. 102 TFUE imposibilă sau excesiv de dificilă⁹².

C. Informații schimbate prin rețeaua europeană de concurență

Precum s-a precizat anterior⁹³, Regulamentul nr. 1/2003 permite autorităților de concurență din cadrul REC să utilizeze competențele lor de investigație pentru a se asista reciproc. Mai general, este permis schimbul de informații între autoritățile de concurență. Art. 12 alin. (1) din Regulamentul nr. 1/2003 are următoarea formulare: „În scopul aplicării articolelor [101] și [102] din tratat, Comisia și autoritățile de concurență ale statelor membre pot să facă schimb sau să utilizeze ca mijloc de probă orice element de fapt sau de drept, inclusiv informații confidențiale”.

Această regulă este totuși limitată prin următoarea excepție de la art. 12 alin. (3) din Regulamentul nr. 1/2003:

„Informațiile schimbate în temeiul alin. (1) pot fi folosite ca mijloc de probă pentru a impune sancțiuni persoanelor fizice atunci când:

- legislația autorității care le transmite prevede sancțiuni asemănătoare în cazul încălcării art. [101] sau art. [102] din tratat sau, în absența acestora,
- informațiile au fost obținute într-un mod care asigură același nivel de protecție a drepturilor la apărare ale persoanelor fizice ca și cel prevăzut de normele naționale ale autorității care le primește. Totuși, în acest caz, informațiile schimbate nu pot fi utilizate de către autoritatea care le primește pentru a impune sancțiuni privative de libertate”.

⁹⁰ Protocolul (nr. 30) privind aplicarea Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene în Polonia și în Regatul Unit, JO C 306, 2007, p. 156 [JO C 115, 9.5.2008, p. 313; n.t.]. A se vedea Regatul Unit, Camera Lorzilor, European Union Committee [Comisia pentru Uniunea Europeană], 10th Report of Session 2007-08, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, vol. I: raport, par. 5.103 (d): „Protocolul nu ar trebui să conducă la o aplicare diferită a cartei în Regatul Unit și în Polonia în comparație cu restul statelor membre. [...] Într-adevăr, dat fiind că, în pofida reportajelor de presă, el este un protocol de interpretare mai curând decât unul de neparticipare, este poate o chestiune regretabilă și chiar o sursă de confuzie potențială, faptul că nu s-a precizat că se aplică în toate statele membre”. Consiliul European a convenit la 29-30 octombrie 2009 să extindă Protocolul nr. 30 la Republica Cehă în următorul tratat de aderare; a se vedea documentul nr. 15265/09 CONCL 3.

⁹¹ A se vedea textul care însoțește notele 31 și 83, *supra*, și 95-102, *infra*.

⁹² A se vedea textul însoțitor al notelor 18-21 și 25-28, *supra*.

⁹³ Textul ce însoțește notele 16 și 17, *supra*.

Clarificări suplimentare sunt oferite în prima, a treia și a patra frază din considerentul (16) al Regulamentului nr. 1/2003: „Fără a aduce atingere oricăror dispoziții naționale contrare, schimbul de informații și utilizarea unor asemenea informații ca mijloace de probă ar trebui permise între membrii rețelei, chiar și atunci când informațiile sunt confidențiale. [...] Atunci când informațiile schimbate sunt folosite de către autoritatea care le primește pentru a impune sancțiuni întreprinderilor, nu ar trebui să existe alte limite la utilizarea informațiilor decât obligația de a le utiliza în scopul pentru care au fost colectate, dat fiind faptul că sancțiunile impuse asupra întreprinderilor sunt de același tip în toate sistemele. Drepturile la apărare de care beneficiază întreprinderile în diferite sisteme pot fi considerate ca suficient de echivalente”.

În sfârșit, ultimele trei fraze din par. 27 al Comunicării Comisiei privind cooperarea în cadrul rețelei autorităților de concurență⁹⁴ explică suplimentar: „Articolul 12 din [Regulamentul nr. 1/2003] are întâietate față de orice legislație contrară dintr-un stat membru. Problema legalității modului de culegere a informațiilor de către autoritatea care le transmite intră sub incidența legislației aplicabile acestei autorități. Autoritatea care transmite informațiile poate informa autoritatea care le primește dacă acțiunea de culegere a informațiilor a fost contestată sau dacă ar putea fi contestată”.

Atunci când sunt culese informații de către o autoritate de concurență (autoritatea de transmitere) și schimbate prin rețeaua europeană de concurență pentru a fi utilizate de către o altă autoritate de concurență (autoritatea beneficiară), prin urmare aceste informații pot fi utilizate întotdeauna ca informații de către autoritatea beneficiară. În ceea ce privește utilizarea lor ca probe, se realizează o distincție între utilizarea în scopul impunerii de sancțiuni persoanelor fizice și utilizarea în scopul impunerii de sancțiuni persoanelor juridice. Autoritatea beneficiară poate utiliza informațiile doar ca probe pentru a impune sancțiuni privative de libertate dacă dreptul autorității de transmitere prevede astfel de sancțiuni în legătură cu încălcări ale art. 101 sau art. 102 TFUE. În ceea ce privește alte tipuri de sancțiuni pentru persoanele fizice (precum amenzi sau ineligibilitatea pentru directori), autoritatea beneficiară poate utiliza informațiile schimbate ca probe dacă fie dreptul autorității de transmitere prevede același tip de sancțiuni, fie informațiile au fost culese într-un mod care respectă același nivel de protecție a drepturilor la apărare ale persoanelor fizice precum se dispune în temeiul regulilor naționale ale autorității beneficiare. În ceea ce privește sancțiunile pentru persoanele juridice, autoritatea beneficiară poate utiliza întotdeauna informațiile ca probe dacă aceste informații au fost culese în mod legal în conformitate cu dreptul aplicabil autorității de transmitere. Aceasta este situația chiar dacă, potrivit dreptului național, autoritatea beneficiară nu ar fi putut culege ea însăși aceste informații sau nu ar fi putut utiliza aceste informații dacă le-ar fi cules.

Aceasta înseamnă, de exemplu, că Office of Fair Trading, care în temeiul dreptului Regatului Unit nu poate utiliza propriile competențe de investigație pentru a lua sau obliga întreprinderile să predea corespondența cu consultantii interni, ar putea primi și utiliza ca probe astfel de informații dacă sunt culese de către Comisia Europeană ori de către autoritățile de concurență germană ori franceză, dat fiind că în dreptul UE și în legislațiile naționale a Germaniei, Franței

⁹⁴ Nota 5, *supra*.

și, într-adevăr, a majorității celorlalte state membre, protecția confidențialității comunicărilor nu vizează avocații interni⁹⁵.

Această posibilitate pentru o autoritate beneficiară de a utiliza ca probe informații schimbate pe care nu ar fi putut să le culeagă ea însăși ori care nu ar fi putut fi utilizate dacă le-ar fi cules ea, a fost criticată în literatură ca „deturnare” „inacceptabilă” a drepturilor și garanțiilor procedurale, „care poate eroda drepturile fundamentale”⁹⁶.

Astfel de temeri par a fi nefondate. În primul rând, problema privește doar persoanele juridice, iar nu persoanele fizice⁹⁷. În al doilea rând, precum s-a explicat mai sus⁹⁸, toți membrii rețelei europene de concurență trebuie să respecte drepturile și garanțiile procedurale ce decurg din Convenția europeană a drepturilor omului, astfel interpretate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, precum și toate drepturile și garanțiile procedurale care, potrivit jurisprudenței Curții de Justiție, decurg din Carta drepturilor fundamentale a UE ori din principii generale ale dreptului UE⁹⁹.

„Drepturile fundamentale erodate” pot fi, prin urmare, doar drepturi ale persoanelor juridice care nu sunt recunoscute nici în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, nici în jurisprudența Curții de Justiție privind drepturile fundamentale. Într-adevăr, sunt dificil de identificat exemple dincolo de cele privind protecția confidențialității comunicărilor pentru consultanța internă¹⁰⁰. Argumentele pentru extinderea protecției confidențialității comunicărilor la avocații interni sunt totuși foarte slabe. Este dificil de înțeles cum posibilitatea consultării cu încredere a unui avocat independent este insuficientă pentru garantarea drepturilor la apărare, creând prin aceasta o necesitate de extindere a protecției confidențialității comunicărilor la consilierul intern. Există, într-adevăr, o posibilitate extinsă de alegere de avocați independenți de societăți, iar acele societăți care își pot permite consilieri interni își pot permite, fără îndoială, să plătească și un avocat independent¹⁰¹.

⁹⁵ A se vedea textul însoțitor al notelor 31 și 83, *supra*; OFT Guideline 404 *Powers of Investigation* (decembrie 2004), par. 6.3 („În timp ce regulile britanice privind protecția s-ar aplica unor cazuri care sunt investigate în Regatul Unit de către OFT în nume propriu, OFT i-ar putea fi trimise comunicări ale avocaților interni [...] de către [autoritatea națională de concurență] dintr-un alt stat membru în care comunicarea cu astfel de avocați nu face obiectul confidențialității. În acele împrejurări, OFT poate utiliza documentația primită de la o altă [autoritate națională de concurență] în investigația sa.”); și B. Vesterdorf, la nota 9, *supra*, la pp. 721-723. În sens asemănător, alte autorități de concurență ar putea primi și utiliza informații culese de către autoritatea irlandeză de concurență în temeiul competenței sale de a convoca martori și de a-i asculta sub jurământ (art. 31 din Legea irlandeză a concurenței din 2002), chiar dacă acele autorități nu au o competență asemănătoare de a convoca martori.

⁹⁶ M. Araujo, *The Respect of Fundamental Rights Within the European Network of Competition Authorities*, în B.E. Hawk (ed.) *2004 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law and Policy* (Juris Publishing, 2005), pp. 511-531, p. 528 și 530.

⁹⁷ A se vedea textul ce însoțește notele 83-95, *supra*.

⁹⁸ A se vedea textul ce însoțește notele 88-92, *supra*.

⁹⁹ Inclusiv, de exemplu, jurisprudența *Orkem* și *AM & S*; a se vedea (textul ce însoțește) notele 30 și 31, *supra*.

¹⁰⁰ A se vedea (textul ce însoțește) nota 95, *supra*. În anumite publicații anterioare, am menționat un exemplu privind protecția împotriva autoincriminării (a se vedea, printre altele, *Principles of European Antitrust Enforcement*, nota 1, *supra*, par. 207), însă acest exemplu pare a fi greșit în lumina hotărârii Curții Constituționale germane din 26 februarie 1997, menționată la nota 76, *supra*.

¹⁰¹ A se vedea pentru detalii concluziile avocatului general Kokott din 29 aprilie 2010 și hotărârea Curții de Justiție din 14 septembrie 2010 în cauza C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals și Akros Chemicals/Comisia*, nepublicate încă în Rep.. Nesurprinzător, o mare parte a argumentelor utilizate de susținătorii extinderii hotărârii *AM & S* la avocații interni nu se întemeiază pe considerații de principiu, ci mai curând pe considerații utilitariste sau instrumentale în legătură

În sfârșit, dacă o „erodare a drepturilor fundamentale” ar fi să se producă vreodată, ar fi de așteptat cu siguranță ca instanțele UE și instanțele statelor membre cu un nivel mai redus al protecției să reacționeze prin sporirea drepturilor și garanțiilor procedurale¹⁰².

III. Concluzii

Regulamentul nr. 1/2003 dispune competențe Comisiei Europene de investigație și de adoptare de decizii, în scopul punerii în aplicare a art. 101 și art. 102 TFUE.

Cu excepția art. 12 și art. 22 alin. (1) din acesta (care permite autorităților de concurență să se asiste reciproc în investigațiile lor) și art. 5 (care stabilește tipurile de decizii pe care le pot adopta autoritățile de concurență), Regulamentul nr. 1/2003 lasă în principiu legislațiilor naționale ale statelor membre stabilirea competențelor de investigație și de adoptare de decizii pentru respectivele lor autorități naționale de concurență pentru aplicarea art. 101 și art. 102 TFUE. În temeiul principiilor generale ale echivalenței și efectivității din dreptul UE și art. 35 alin. (1) din Regulamentul nr. 1/2003, statelor membre le revine totuși o obligație de a acorda competențe de punere în aplicare autorităților lor de concurență, care sunt efective și cel puțin echivalente competențelor acordate pentru a pune în aplicare dreptul național al concurenței.

Cerințele procedurale aplicabile procedurilor de punere în aplicare de Comisia Europeană a dreptului concurenței decurg în principal din Carta drepturilor fundamentale a UE, din Convenția europeană a drepturilor omului, din principiile generale ale dreptului UE, din regulamente ale UE (în special din Regulamentul nr. 1/2003 și din Regulamentul nr. 773/2004), și, în anumite împrejurări, și din propriile declarații și din practica ale Comisiei.

Carta drepturilor fundamentale a UE, care, în virtutea art. 6 alin. (1) TUE, are aceeași valoare juridică cu Tratatul UE, nu creează noi drepturi, ci reafirmă drepturile, astfel cum rezultă, printre altele, din Convenția europeană a drepturilor omului, din tradițiile constituționale comune statelor membre și din jurisprudența instanțelor UE și a Curții Europene a Drepturilor Omului. În scopul interpretării corespunzătoare a drepturilor conținute în cartă, este necesar

cu efectivitatea și eficacitatea punerii în aplicare a dreptului concurenței. Se argumentează deseori că extinderea protecției confidențialității corespondenței la avocații interni ar conduce la o conformare mai bună cu art. 101 și art. 102 TFUE. Pretenția că protecția confidențialității corespondenței conduce la o conformare sporită este totuși extrem de îndoielnică; a se vedea L. Kaplow și S. Shavell, *Legal Advice About Information to Present in Litigation: Its Effects and Social Desirability*, în (1989) 102 Harvard Law Review, p. 565; L. Kaplow și S. Shavell, *Legal Advice About Acts Already Committed*, în (1990) 10 International Review of Law and Economics, p. 149; S. Shavell, *Legal Advice*, în P. Newman (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2 (1998), pp. 516-520; E. Gippini-Fournier, la nota 31, *supra*, pp. 596-606; și I. Baum, *Attorney Corporate Client Privilege: Who Represents the Corporation?*, în (2007) Review of Law & Economics, vol. 3, nr. 1, art. 5.

¹⁰² A se vedea *Principles of European Antitrust Enforcement*, la nota 1, *supra*, par. 208 (nota de subsol 282), și B. Vesterdorf, la nota 9, *supra*, pp. 722-723 („Regulamentul nr. 1/2003 pregătește terenul în consecință pentru o întrepătrundere cuprinzătoare a legislațiilor naționale de procedură. Trebuie subliniat că nu va reduce în mod necesar nivelul legislațiilor naționale: nimic din Regulamentul nr. 1/2003 nu împiedică un stat membru să sporească nivelul actual de protecție acordat în jurisdicția sa culegerii de probe”); de comparat cu concluziile avocatului general Kokott în *Akzo Nobel Chemicals și Akcros Chemicals*, la nota 101, *supra*, pct. 137.

să se cunoască izvorul fiecăruia dintre aceste drepturi. Explicațiile la cartă oferă îndrumare în această privință. Înțelesul și întinderea drepturilor care corespund celor garantate de Convenția europeană a drepturilor omului trebuie stabilite prin referire la convenție și la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

Art. 6 alin. (2) TUE dispune aderarea UE la Convenția europeană a drepturilor omului. Această aderare va deschide posibilitatea oricărei persoane care susține încălcarea de Comisia Europeană a drepturilor sale obținute din convenție sau de către instanțele UE când controlează decizia Comisiei să introducă o acțiune împotriva Uniunii Europene în fața Curții Europene a Drepturilor Omului după epuizarea tuturor căilor de atac în fața instanțelor UE.

Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului distinge, în ceea ce privește nivelul protecției impus prin Convenția europeană a drepturilor omului, în funcție de împrejurările cauzei concrete. În contextul procedurii UE în domeniul concurenței sunt pertinente în special distincția dintre nucleul de drept penal și alte materii de drept care au caracter penal doar în sensul mai extins al convenției de „penal”, și distincția dintre persoane fizice și societăți comerciale.

În principiu, drepturile și garanțiile procedurale incidente în privința punerii în aplicare a art. 101 și art. 102 TFUE de către autoritățile naționale de concurență sunt cele dispuse prin dreptul național al statului membru în cauză. Toate statele membre sunt părți contractante la Convenția europeană a drepturilor omului. Carta drepturilor fundamentale a UE este de asemenea incidentă în privința aplicării art. 101 sau art. 102 TFUE de către autoritățile naționale de concurență. Aceeași este situația principiilor generale ale dreptului UE.

Küçükdeveci: Hotărârea Mangold revăzută – Efectul direct orizontal al unui principiu general al dreptului UE

Curtea Europeană de Justiție (Marea Cameră), hotărârea din 19 ianuarie 2010, cauza C-555/07, *Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG**

Mirjam DE MOL**

Abstract

The article discusses the Mangold and Küçükdeveci approach taken by the European Court of Justice from four different angles: horizontal effect of a court-made fundamental right, impact on the application of EU legislation expressing general principles, institutional balance and legal certainty.

Keywords: *European Court of Justice; Küçükdeveci case; age discrimination; general principles of EU law; horizontal effect; EU legislation; EU directives; institutional balance in the EU; legal certainty*

1. Introducere

La 22 noiembrie 2005, Curtea Europeană de Justiție (denumită în continuare „Curtea”) a pronunțat hotărârea sa *Mangold*¹ asupra Directivei Consiliului nr. 2000/78/CE a Consiliului din 27 noiembrie 2000 de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă (denumită în continuare „Directiva nr. 2000/78”)². Cea mai frapantă parte a acestei hotărâri, pronunțată într-un litigiu între particulari, a fost următoarea concluzie: „[...] dreptul comunitar și, în special, art. 6 alin. (1) din Directiva nr. 2000/78 trebuie să fie interpretat în sensul că acesta se opune unei reglementări naționale precum cea din acțiunea principală [...]. Instanța națională are

* Comentariul de față a fost publicat inițial cu titlul „*Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law. Court of Justice of the European Union (Grand Chamber). Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*” în *European Constitutional Law Review [EuConst]*, 6:293-308, 2010, și se republică în traducere cu acordul autoarei și al colegiului de redacție al *European Constitutional Law Review*. [Traducere de Mihai Banu].

** Universitatea din Maastricht. În cauza de față am activat în calitate de agent al guvernului Țărilor de Jos; cu toate acestea, comentariul de față reflectă doar punctul meu de vedere. Sunt îndatorată lui Hildegard Schneider, Hanna Sevenster și Bruno de Witte pentru comentariile lor. Desigur, toate erorile îmi revin.

¹ CEJ, 22 noiembrie 2005, cauza C-144/04 [ECR [2005], p. I-9981; n.t.].

² JO L 303, 2 decembrie 2000, p. 16 [Ediție specială, 05/vol. 6, p. 7; n.t.].

obligația să asigure efectul deplin al principiului general al nediscriminării pe criterii de vârstă, lăsând neaplicată orice dispoziție contrară legislației naționale, acest lucru fiind valabil chiar și atunci când termenul de transpunere nu a expirat încă”^{*}.

Hotărârea a provocat multe critici în presă³, în mediile universitare⁴, din partea mai multor avocați generali⁵ și a statelor membre⁶. Un rezumat exact al acelor critici este redat de avocatul general Sharpston: „31. [...] Laitmotivul acestor critici este că (din proprie inițiativă, fără justificare valabilă și contrar dorințelor legiuitorului) Curtea a extins domeniul de aplicare a directivei [...], a conferit acesteia efect înainte de expirarea perioadei tranzitorii și pe plan orizontal, făcând o trimitere inovatoare la un principiu general al dreptului comunitar [...]. Prin urmare, o serie de cercetători au considerat că, astfel, Curtea a discreditat finalitatea efectului direct [...]. În plus, decizia Curții este criticată pentru că ar fi provocat o situație caracterizată printr-un grad sporit de insecuritate juridică [...]”⁷.

Cauza *Mangold* este pertinentă și în ceea ce privește „dialogul” dintre *Bundesverfassungsgericht* [Curtea Constituțională Federală germană] și CEJ. În decizia sa privind Tratatul de la Lisabona din 30 iunie 2009, *Bundesverfassungsgericht* a subliniat că instrumente juridice care încalcă suveranitatea națională constituie acte *ultra vires* nu se pot aplica în Germania. În prezent, pe rolul Curții Constituționale Federale se află o acțiune constituțională în care se susține că cauza *Mangold* este un instrument juridic *ultra vires* și că, prin urmare, el nu se poate aplica în Germania⁸. [Între timp, Curtea a decis că *Mangold* nu era *ultra vires*].

Ulterior [deciziei] *Mangold*, CEJ a pronunțat cinci hotărâri (*Bartsch, Petersen, Wolf, Hütter, Age Concern England* și *Palacios de la Villa*) privind discriminarea pe motive de vârstă fără a face referire la cele mai frapante paragrafe din *Mangold* (74-77)⁹. În special ulterior *Palacios de la Villa*, de asemenea un litigiu între particulari, a reieșit că abordarea adoptată în *Mangold* era

* Pct. 78 din hotărârea *Mangold* [n.t.].

³ A se vedea, de exemplu, R. Herzog și L. Gerken, *Stop the European Court of Justice*, în *EU Observer*, 10 septembrie 2008, și F. Kuitenbrouwer, *Onbescheiden rechters*, în *NRC Handelsblad*, 7 februarie 2006.

⁴ A se vedea, de exemplu, *Editorial Comments*, în 43 *CML Rev* (2006), pp. 1-8; M. Schmidt, *The Principle of Non-discrimination in Respect of Age: Dimensions of the ECJ's Mangold Judgment*, în 7 *German Law Journal* (2005), pp. 506-524; D. Schiek, *The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation*, în 35 *Industrial Law Journal* (2006), pp. 329-341.

⁵ Un mare număr de avocați generali au comentat cauza *Mangold*; cele mai substanțiale comentarii provin de la: avocatul general Geelhoed, 16 martie 2006, cauza C-13/05, *Chacón Navas*; avocatul general Mazák, 15 februarie 2007, cauza C-411/05, *Palacios de la Villa*; avocatul general Colomer, 24 ianuarie 2008, cauzele conexe C-55/07 și C-56/07, *Michaeler*; avocatul general Maduro, 31 ianuarie 2008, cauza C-303/06, *Coleman*; avocatul general Trstenjak, 29 martie 2007, cauza C-80/06, *Carp*; avocatul general Sharpston, 22 mai 2008, cauza C-427/06, *Bartsch*, și 30 noiembrie 2006, cauza C-227/04 P, *Lindorfer*, și avocatul general Bot, 7 iulie 2009, cauza C-555/07, *Kücükdeveci*.

⁶ În cauza de față, *Kücükdeveci*, au fost depuse memoriile din partea Germaniei, Republicii Cehe, Danemarcei, Irlandei, Țărilor de Jos și Regatului Unit.

⁷ *Bartsch*, a se vedea *supra* n. 5.

⁸ 2 BvR 2661/06, *Honeywell Bremsbelag GmbH*. A se vedea și J. Kokott, *The Basic Law at 60 – From 1949 to 2009: The Basic Law and Supranational Integration*, în 11 *German Law Journal* (2010), p. 100 la pp. 109-112. L. Gerken și alții, *'Mangold' als ausbrechender Rechtsakt* (Munich, Sellier European Publishers 2009); U. Preis și F. Temming, *Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber – Lehren aus Mangold II*, în 27 *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (2010), p. 185.

⁹ CEJ, 23 septembrie 2008, cauza C-427/06, *Bartsch* [Rep. 2008, p. I-7245]; CEJ, 12 ianuarie 2010, cauza C-341/08, *Petersen* [nepublicată încă în Rep.]; CEJ 12 ianuarie 2010, cauza C-229/08, *Wolf* [nepublicată încă în Rep.]; CEJ, 18 iunie 2009, cauza C-88/08, *Hütter* [Rep. 2009, p. I-5325]; CEJ, 5 martie 2009, cauza C-388/07, *Age Concern England* [Rep. 2009, p. I-1569], și CEJ, 16 octombrie 2007, cauza C-411/05, *Palacios de la Villa* [Rep. 2007, p. I-8531].

excepțională. Cu toate acestea, la 19 ianuarie 2010, Curtea a adoptat hotărârea sa în cauza *Kücükdeveci*. Această cauză este o confirmare fermă a abordării din *Mangold*. În același timp, cauza de față clarifică mai multe chestiuni. În consecință, abordarea din *Mangold* poate fi subliniată mai bine. În pofida (sau datorită) acestei situații, se ridică un număr de întrebări suplimentare.

2. Faptele și contextul național

Acțiunea principală privește un litigiu civil german între doi particulari, un angajat, dna Kücükdeveci, și un angajator privat, Swedex. În cauză era termenul preavizului de concediere. Acest termen se afla în legătură cu vechimea în muncă a dnei Kücükdeveci. La calcularea [termenului de preaviz] nu se luau în considerare perioadele anterioare împlinirii de salariat a vârstei de 25 de ani. Acest mod de calcul a fost adoptat pe temeiul legislației naționale germane. Art. 622 alin. (2) Codul civil german [Bürgerliches Gesetzbuch, denumit în continuare „BGB”] dispune că:

„(2) În caz de concediere de către angajator, duratele de preaviz sunt următoarele:

- o lună cu efect de la sfârșitul lunii atunci când raportul de muncă în cadrul unității sau al întreprinderii a durat 2 ani;
- două luni cu efect de la sfârșitul lunii atunci când acesta a durat 5 ani;
- 3 luni cu efect de la sfârșitul lunii atunci când acesta a durat 8 ani;
- 4 luni cu efect de la sfârșitul lunii atunci când acesta a durat 10 ani;
- 5 luni cu efect de la sfârșitul lunii atunci când acesta a durat 12 ani;
- 6 luni cu efect de la sfârșitul lunii atunci când acesta a durat 15 ani;
- 7 luni cu efect de la sfârșitul lunii atunci când acesta a durat 20 de ani.

Perioadele în care salariatul a fost încadrat în muncă înainte de împlinirea vârstei de 25 de ani nu sunt luate în considerare la calcularea duratei de încadrare în muncă”.

Instanța de trimitere a considerat că art. 622 din BGB cuprinde un tratament diferențiat legat în mod direct de vârstă și, în timp ce nu era convinsă de caracterul său neconstituțional, ea a considerat discutabilă conformitatea lui cu dreptul Uniunii. Cele două întrebări preliminare se pot rezuma după cum urmează. (1.a.) Care ar trebui să fie referința examinării: principiul general al nediscriminării pe motive de vârstă ori Directiva nr. 2000/78? (1.b.) O legislație națională precum cea în cauză în acțiunea principală constituie o diferență de tratament pe motive de vârstă interzisă prin dreptul Uniunii Europene? (2) În cazul unui răspuns afirmativ, ar trebui ca acea legislație națională să fie lăsată neaplicată într-un litigiu între particulari?

3. Hotărârea Curții: prima întrebare

Examinarea prin referire la dreptul Uniunii Europene sau la Directiva nr. 2000/78?¹⁰

Curtea apreciază, pentru început, că legislația națională trebuie examinată pe temeiul „principiului general al dreptului Uniunii Europene de interzicere a discriminării pe motive de vârstă, concretizat în Directiva nr. 2000/78”. Curtea confirmă *Mangold* declarând că: „20. [...] Directiva nr. 2000/78 [...] nu consacră prin ea însăși principiul egalității de tratament în domeniul încadrării în muncă și al ocupării forței de muncă, principiu care își are originea în diferite instrumente internaționale și tradiții constituționale comune statelor membre. Directiva nu are ca obiect decât stabilirea, în domeniile menționate, a unui cadru general pentru combaterea discriminărilor pe diferite motive, printre care se numără și vârsta (a se vedea Hotărârea *Mangold*, [...] pct. 74).

21. Curtea a recunoscut, în acest context, existența unui principiu al nediscriminării pe motive de vârstă care trebuie considerat un principiu general al dreptului Uniunii (a se vedea în acest sens Hotărârea *Mangold*, [...] pct. 75)”.

Curtea adaugă la același punct că: „[...] Directiva nr. 2000/78 concretizează acest principiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 8 aprilie 1976, *Defrenne*, 43/75, Rec., p. 455, pct. 54)”.

Curtea precizează apoi după cum urmează: „22. Mai trebuie precizat că, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) TUE, Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene are aceeași valoare juridică cu cea a tratatelor. Potrivit art. 21 alin. (1) din această cartă, „[s]e interzice discriminarea de orice fel, bazată pe motive precum [...] vârsta”.

Curtea explică ulterior de ce și când poate aplica principiul general al nediscriminării pe motive de vârstă: „23. Pentru ca principiul nediscriminării pe motive de vârstă să fie aplicabil într-un caz precum cel din acțiunea principală, mai trebuie însă ca acesta să aparțină domeniului de aplicare a dreptului Uniunii.

24. [...] comportamentul pretins discriminatoriu adoptat, în prezenta acțiune principală, în temeiul reglementării naționale menționate a intervenit după data expirării termenului acordat statului membru în cauză pentru transpunerea Directivei nr. 2000/78 [...].

25. La această dată, directiva menționată a avut ca efect introducerea în domeniul de aplicare a dreptului Uniunii a reglementării naționale în discuție în acțiunea principală, care cuprinde o materie guvernată de aceeași directivă, mai exact, în speță, condițiile de concediere”.

Diferența de tratament pe motive de vârstă¹¹

În privința întrebării dacă legislația în discuție în acțiunea principală conține o diferență de tratament pe motive de vârstă, Curtea consideră: „28. [...] trebuie amintit că, potrivit

¹⁰ Pct. 19-27.

¹¹ Pct. 28-31.

dispozițiilor art. 2 alin. (1) din Directiva nr. 2000/78, în sensul acesteia din urmă, prin „principiul egalității de tratament” se înțelege absența oricărei discriminări directe sau indirecte bazate pe unul dintre motivele menționate la art. 1 din această directivă. Art. 2 alin. (2) lit. a) din aceasta precizează că, în sensul alin. (1), o discriminare directă se produce atunci când o persoană este tratată într-un mod mai puțin favorabil decât este tratată o altă persoană care se află într-o situație asemănătoare, pe baza unuia dintre motivele menționate la art. 1 din aceeași directivă [a se vedea Hotărârea din 16 octombrie 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, Rep., p. I-8531, pct. 50, și Hotărârea din 5 martie 2009, *Age Concern England*, C-388/07, (Rep. 2009, p. I-1569), pct. 33]”.

Curtea concluzionează că legislația națională în discuție în acțiunea principală conține o diferență de tratament pe motive de vârstă. Curtea consideră că, în speță, legislația națională în discuție acordă un tratament mai puțin favorabil angajaților care au intrat în serviciul angajatorului anterior vârstei de 25 de ani. Dispoziția națională introduce, în consecință, o diferență de tratament între persoane cu aceeași vechime în muncă, în funcție de vârsta la care au fost încadrate în întreprindere. În plus, legislația națională în discuție în acțiunea principală plasează lucrătorii mai tineri în dezavantaj în comparație cu cei mai în vârstă.

Justificarea diferenței de tratament¹²

Curtea apreciază ulterior că „[...] trebuie examinat dacă această diferență de tratament poate constitui o discriminare interzisă de principiul nediscriminării pe motive de vârstă concretizat în Directiva nr. 2000/78”.

Pentru a desfășura această examinare, Curtea apelează la art. 6 alin. (1) din Directiva nr. 2000/78 care dispune că un tratament diferențiat pe motive de vârstă nu constituie o discriminare atunci când (1) este justificat în mod obiectiv și rezonabil, în cadrul dreptului național, de un obiectiv legitim, în special de obiective legitime de politică a ocupării forței de muncă, a pieței muncii și a formării profesionale, iar (2) mijloacele de realizare a acestui obiectiv sunt adecvate și necesare. Curtea consideră că obiectivul legislației naționale în discuție este de a oferi angajatorului o mai mare flexibilitate în gestionarea personalului, ușurând sarcina respectivului angajator în ceea ce privește concedierea lucrătorilor tineri, de la care se poate cere în mod rezonabil o mobilitate personală sau profesională mai ridicată. Acesta oferă un obiectiv legitim în sensul art. 6 alin. (1) din Directiva nr. 2000/78. Curtea constată totuși că legislația nu este adecvată pentru atingerea aceluși obiectiv, întrucât se aplică tuturor salariaților care au intrat în întreprindere anterior împlinirii vârstei de 25 de ani, indiferent ce vârstă aveau la momentul la care au fost concediați. Curtea adaugă că legislația națională în discuție în acțiunea principală îi afectează în mod inegal pe salariații tineri, în sensul că îi lezează mai ales pe tinerii care se angajează devreme în viața activă, fie fără formare profesională, fie după o formare profesională de scurtă durată, iar nu pe aceia care încep să lucreze mai târziu, după o formare de lungă durată.

Răspunsul la prima întrebare este: „[...] dreptul Uniunii [Europene], și în special principiul nediscriminării pe motive de vârstă, astfel cum este concretizat în Directiva nr. 2000/78,

¹² Pct. 32-42.

trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale, precum cea în discuție în acțiunea principală, care prevede că perioadele în care salariatul a fost încadrat în muncă înainte de împlinirea vârstei de 25 de ani nu sunt luate în considerare la calcularea termenului de preaviz de concediere”.

4. Hotărârea Curții: a doua întrebare

Curtea reafirmă jurisprudența sa potrivit căreia: „45 În ceea ce privește [...] rolul instanței naționale atunci când trebuie să soluționeze un litigiu între particulari în care se dovedește că reglementarea națională în cauză este contrară dreptului Uniunii, Curtea a statuat că instanțelor naționale le revine atribuția de a asigura protecția juridică a drepturilor pe care justițiabilii le au în temeiul dispozițiilor dreptului Uniunii și de a garanta efectul deplin al acestor dispoziții [...]”.

Curtea se referă, în această privință, la hotărârile sale *Pfeiffer și Impact*¹³. Curtea explică faptul că, într-un litigiu între particulari, o directivă nu poate, prin ea însăși, să creeze obligații în sarcina unui particular și, prin urmare, nu poate fi invocată ca atare împotriva sa. Curtea face referire la cauzele *Marshall, Faccini Dori și Pfeiffer*¹⁴. Cu toate acestea, un judecător național are obligația de a interpreta dreptul național în conformitate cu directiva. Precum a declarat instanța de trimitere, BGB nu poate face obiectul unei interpretări conforme cu Directiva nr. 2000/78. Ca reacție la acest aspect, Curtea consideră următoarele.

„50. În această privință, este necesar să se amintească, pe de o parte, că, astfel cum s-a arătat la pct. 20 din prezenta hotărâre, Directiva nr. 2000/78 nu face decât să concretizeze, fără a-l consacra, principiul egalității de tratament în domeniul încadrării în muncă și al ocupării forței de muncă și, pe de altă parte, că principiul nediscriminării pe motive de vârstă este un principiu general al dreptului Uniunii în măsura în care constituie o aplicare specifică a principiului general al egalității de tratament (a se vedea în acest sens Hotărârea *Mangold*, [...] pct. 74-76).

51. În aceste condiții, instanța națională sesizată cu un litigiu în care este adus în discuție principiul nediscriminării pe motive de vârstă, astfel cum este concretizat în Directiva nr. 2000/78, este datoare să asigure, în cadrul competențelor care îi revin, protecția juridică ce decurge pentru justițiabili din dreptul Uniunii și să garanteze efectul deplin al acestui principiu, înlăturând, dacă este necesar, aplicarea oricărei dispoziții contrare acestui principiu din reglementarea națională (a se vedea în acest sens Hotărârea *Mangold*, [...] pct. 77)”.

După afirmarea acestora, Curtea trece la întrebarea instanței de trimitere dacă într-un litigiu între particulari, sesizarea Curții pentru pronunțarea unei hotărâri preliminare privind interpretarea dreptului Uniunii Europene ar trebui să aibă loc înainte de a putea înlătura

¹³ CEJ, 5 octombrie 2004, cauzele conexe C-397/01 – C-403/01, *Pfeiffer*, ECR [2004], p. I-8835, pct. 111, și CEJ, 15 aprilie 2008, cauza C-28/06, *Impact*, Rep. 2008, p. I-2483, pct. 42.

¹⁴ CEJ, 8 februarie 1986, cauza 152/84, *Marshall*, ECR [1986], p. 723, pct. 48; CEJ, 14 iulie 1994, cauza C-91/92, *Faccini Dori*, ECR [1994], p. I-3325, pct. 20; *Pfeiffer*, cit. supra, pct. 108.

aplicarea unei dispoziții naționale pe care o consideră contrară acestui drept. Curtea apreciază că din decizia de trimitere reiese că acest aspect al întrebării este motivat de faptul că, în temeiul dreptului național, instanța de trimitere nu poate înlătura aplicarea unei dispoziții naționale în vigoare fără ca, în prealabil, această dispoziție să fi fost declarată neconstituțională de *Bundesverfassungsgericht* (Curtea Constituțională Federală). Curtea precizează că „53. [...] necesitatea de a garanta efectul deplin al principiului nediscriminării pe motive de vârstă, astfel cum este concretizat în Directiva nr. 2000/78, presupune obligația instanței naționale, în prezența unei dispoziții naționale din domeniul de aplicare a dreptului Uniunii pe care o consideră incompatibilă cu principiul menționat și a cărei interpretare conformă acestui drept se dovedește imposibilă, să înlătore aplicarea acestei dispoziții, fără a fi nici obligată, nici împiedicată ca, în prealabil, să sesizeze Curtea cu o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare.

54 Posibilitatea recunoscută astfel instanței naționale prin art. 267 al doilea paragraf TFUE de a solicita Curții pronunțarea unei hotărâri preliminare înainte de a înlătura aplicarea dispoziției naționale contrare dreptului Uniunii nu se poate transforma însă într-o obligație ca urmare a faptului că dreptul național nu permite acestei instanțe să înlătore aplicarea unei dispoziții naționale pe care o consideră contrară Constituției fără ca în prealabil această dispoziție să fi fost declarată neconstituțională de Curtea Constituțională. Astfel, în temeiul principiului supremației dreptului Uniunii, de care beneficiază și principiul nediscriminării pe motive de vârstă, trebuie înlăturată aplicarea unei reglementări naționale contrare care intră în domeniul de aplicare a dreptului Uniunii (a se vedea în acest sens Hotărârea Mangold, [...] pct. 77)”.

Răspunsul la a doua întrebare are următoarea formulare: „[...] instanța națională, sesizată cu un litigiu între particulari, nu este obligată, însă are posibilitatea de a adresa Curții o întrebare preliminară privind interpretarea principiului nediscriminării pe motive de vârstă, astfel cum este concretizat în Directiva nr. 2000/78, înainte de a înlătura aplicarea unei dispoziții naționale pe care o consideră contrară acestui principiu. Caracterul facultativ al acestei sesizări este independent de forma în care, potrivit dreptului intern, instanța națională trebuie să înlătore aplicarea unei dispoziții naționale pe care aceasta o consideră contrară Constituției”.

5. Comentarii

Abordarea adoptată în *Mangold* și *Küçükdeveci* poate fi rezumată după cum urmează. Aspectul semnificativ afirmat de Curte este obligația judecătorului național de a aplica un principiu general al dreptului UE în calitate de temei autonom¹⁵ pentru controlul jurisdicțional într-un litigiu între particulari și obligația corespondentă de a nu aplica legislația națională care contravine principiului general¹⁶. În plus, acest control pe temeiul principiului general este posibil, în pofida faptului că se aplică o legislație UE specifică¹⁷. Chiar dacă principiul general

¹⁵ Termenul „autonom” este utilizat în opoziție cu funcția unui principiu general de instrument de interpretare a legislației.

¹⁶ *Küçükdeveci*, pct. 27, 50-51.

¹⁷ *Küçükdeveci*, pct. 25 și 27. În *Mangold*, nu se aplica Directiva nr. 2000/78 întrucât nu expirase încă termenul de transpunere.

este temeiul *de jure* al examinării, expresia principiului general dată în legislația UE¹⁸ joacă un rol important, de vreme ce art. 2 și art. 6 din Directiva nr. 2000/78 reprezintă un mijloc de exprimare a principiului general. Ele sunt standarde jurisdicționale *de facto*¹⁹. În consecință, acele dispoziții se aplică în mod independent²⁰ de sursa lor (directiva) ca parte a principiului general²¹.

Acest comentariu va discuta abordarea *Mangold* și *Kücükdeveci* din patru perspective diferite: efectul orizontal al unui drept fundamental creat de instanță, efectul asupra aplicării legislației UE care exprimă principii generale, echilibrul instituțional și securitatea juridică.

Efectul direct orizontal al unor drepturi fundamentale create de instanță

Abordarea Curții în *Mangold* și *Kücükdeveci* indică faptul că *principiile generale* ale dreptului UE (și, prin urmare, drepturile fundamentale ale UE) pot avea efect direct orizontal²². Aceeași concluzie poate fi trasă din recenta cauză *ČEZ*²³. Este remarcabilă acordarea efectului orizontal unui principiu general al dreptului UE. Principiile generale sunt, de regulă, instrumente de protejare a particularului *în raport cu* autoritățile publice. Mai mult, principiile generale sunt abstracte, în sensul că ele indică o anumită direcție mai curând decât să dea norme concrete de drept. Pe lângă aceasta, ele sunt nescrise și nepublicate. Aceste trăsături ar putea fi motivul negării efectului direct orizontal principiilor generale²⁴. Fără îndoială, principiile generale trebuie exprimate în legislație înainte ca ele să se poată aplica față de particulari. Curtea nu abordează aceste aspecte, ci presupune pur și simplu că principiile generale pot avea efect direct orizontal.

În plus, abordarea din *Mangold*, *Kücükdeveci* și *ČEZ* presupune și că un *drept fundamental* poate avea efect direct orizontal. Este dezamăgitor că motivele pentru această presupunere nu au fost explicate de Curte, întrucât nu sunt deloc evidente. Este adevărat că în cadrul ordinii juridice a Uniunii Europene efectul direct orizontal al dreptului la egalitatea de tratament a fost recunoscut anterior²⁵. Cu toate acestea, acele cauze referitoare la dreptul la egalitatea de tratament s-au întemeiat pe dispozițiile din *tratat* care privesc efectul direct în privința

¹⁸ Versiunea autentică în limba germană utilizează cuvintele „*Konkretisierung durch die Richtlinie*”.

¹⁹ *Kücükdeveci*, pct. 27, 28, 33 și 43.

²⁰ A se vedea avocatul general Mázak, *Palacios de la Villa*, *supra* n. 9, pct. 137.

²¹ Directiva este utilizată, în fapt, ca instrument de interpretare a principiului general, în locul obișnuitei abordări inverse.

²² În sensul că o instanță națională este obligată să aplice principiul general ca standard pentru controlul jurisdicțional. A se vedea și S. Prechal, *Directives in EC Law*, ediția a doua (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 241. Cf. K. Lenaerts și T. Courthaut, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, în 31 *EL Rev* (2006), p. 287.

²³ CEJ, 27 octombrie 2009, *ČEZ*, cauza C-115/08, Rep. 2009, p. I-10265, pct. 421 și 138-139. Cauza a privit aplicarea principiului nediscriminării pe motive de cetățenie sau naționalitate ca principiu general de drept în contextul Tratatului Euratom. A se vedea și M. de Mol, *C-115/08, Land Oberösterreich/CEZ*, în *Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, SEW (2010), pp. 124-129.

²⁴ S-ar putea aplica, în fapt, aceeași argumentare în sensul negării efectului direct orizontal directivelor. A se vedea *Marshall*, *supra* n. 14, pct. 48; *Faccini Dori*, *supra*, n. 14, pct. 22; CEJ, 7 ianuarie 2004, cauza C-201/02, *Wells*, ECR [2004], p. I-723, pct. 56.

²⁵ A se vedea, de exemplu, CEJ, 12 decembrie 1974, cauza 36/74, *Walrave și Koch*, ECR [1974], p. 1405, pct. 17-21; CEJ, 8 aprilie 1976, cauza 43/75, *Defrenne II*, ECR [1976], p. 455, pct. 37-40; CEJ, 7 iunie 2000, cauza C-281/98, *Angonese*, ECR [2000], p. I-4139, pct. 32-35; CEJ, 15 decembrie 1995, cauza C-415/93, *Bosman*, ECR [1995], p. I-4921, pct. 82-87; și CEJ, 17 iulie 2008, cauza C-94/07, *Raccanelli*, Rep. 2008, p. I-5939, pct. 44-48.

cetățeniei și sexului. În *Mangold, Küçükdeveci* și *ČEZ*, este vorba despre efectul unui drept fundamental nescris, creat de instanță. În plus, efectul direct orizontal al interdicțiilor din tratat privind discriminarea a fost motivat prin argumente textuale și teleologice întemeiate pe tratat. Așadar, Curtea a pus în legătură justificarea efectului direct orizontal al acelor interdicții cu sursele lor, tratatul. Această legătură lipsește în *Mangold* și *Küçükdeveci*. Principiul general al nediscriminării întemeiat pe vârstă este derivat din varii instrumente internaționale și din tradițiile constituționale comune statelor membre. Cu toate acestea, în cadrul ordinilor juridice internațională și naționale, nu este comun efectul direct orizontal al principiului egalității sau al altor drepturi fundamentale²⁶. Referirea la Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (denumită în continuare „carta”) nu explică nici ea efectul orizontal, întrucât carta este declarată a fi obligatorie doar pentru autoritățile publice ale Uniunii și pentru statele membre²⁷. Avocatul general Bot apreciază soluția drept consecință a ierarhiei normelor. Potrivit lui, „[...] o directivă care a fost adoptată pentru facilitarea punerii în aplicare a principiului general al egalității și nediscriminării nu poate restrânge domeniul de aplicare a acestuia”²⁸.

Cu toate acestea, și această poziție presupune că aplicarea în sfera privată este inclusă în domeniul principiului general al nediscriminării pe motive de vârstă. Chiar această presupunere este cea care este discutabilă.

Acum că este evident că principiile generale ale dreptului UE pot avea efect direct orizontal, se ridică întrebarea care principii generale au acest efect²⁹. Întrucât absența explicației în privința efectului direct orizontal nu este posibil să fie concludentă. Ce este decisiv?

Simplul fapt că această interzicere a discriminării întemeiate pe vârstă este un principiu general de drept? În această situație, prezumția efectului direct orizontal se va aplica probabil tuturor interdicțiilor de discriminare pe motive specifice, care trebuie considerate ca principii generale ale dreptului UE³⁰. Așadar, pe lângă vârstă și cetățenie, următoarele motive de discriminare vor avea efect direct orizontal: religia sau convingerile, handicapul, orientarea sexuală³¹,

²⁶ A se vedea D. Oliver și J. Fedtke (ed.), *Human Rights and the Private Sphere – A Comparative Study* (Londra, Routledge-Cavendish, 2007), pp. 467-520. B. de Witte, *The Crumbling Public/Private Divide: Horizontality in European Anti-discrimination Law*, în *13 Citizenship Studies* (2009), p. 515. A se vedea și avocatul general Trstenjak, *Carp*, *supra* n. 5, pct. 69-70, și avocatul general Bot, *Küçükdeveci*, *supra* n. 5, sfârșitul notei de subsol 49.

²⁷ Art. 51 intitulat „Domeniul de aplicare” nu menționează particularii.

²⁸ Avocatul general Bot, *Küçükdeveci*, a se vedea *supra*, n. 5, pct. 70.

²⁹ Cf. avocatul general Kokott, 6 mai 2010, cauza C-104/09, *Roca Álvarez*, pct. 55.

³⁰ Cu alte cuvinte: ea trebuie să privească motive care sunt interzise *a priori* în sensul că, în prealabil, un temei specific de diferențiere este considerat ca inacceptabil sau suspect. Un pas suplimentar ar fi acordarea unui efect direct orizontal principiului general al egalității de tratament. În temeiul acestui principiu, întrebarea dacă un anumit motiv de diferențiere este acceptabil sau nu trebuie examinată de la caz la caz. A se vedea, pentru diferența între principiul general al nediscriminării și o interzicere specifică a unui anumit tip de discriminare, și avocatul general Mázak, *Palacios de la Villa*, *supra* n. 9, pct. 79-97. Trebuie menționat că unii interpretează abordarea Curții ca aplicare a principiului general al egalității în locul instituirii unui principiu general specific al nediscriminării întemeiate pe vârstă, de exemplu, avocatul general Shaprston, *Lindorfer*, a se vedea *supra*, n. 5, pct. 58, și L. Senden, *Case C-227/04 P, Lindorfer*, în *47 CML Rev* (2010), p. 521, la p. 532.

³¹ Acestea sunt alte motive prin Directiva nr. 2000/78. Rezultă din pct. 74 din *Mangold* că interdicțiile de discriminare pe acele motive trebuie considerate și ele ca principii generale ale dreptului UE. A se vedea și avocatul general Mázak, *Palacios de la Villa*, *supra* n. 9, pct. 96.

rasa sau originea etnică³² și sexul³³. Pe lângă aceste motive, cartea menționează și alte motive: limba, opiniile politice sau de orice altă natură, apartenența la o minoritate națională, averea și nașterea*. În funcție de împrejurarea dacă trebuie considerate ca principii generale de drept, ele ar putea avea și efect direct orizontal. În acest scenariu va fi interesant de văzut dacă și principiul general al egalității de tratament sau alte drepturi fundamentale, care trebuie considerate ca principii generale de drept, au efect direct orizontal.

O altă posibilitate este ca efectul direct orizontal al principiului nediscriminării întemeiată pe vârstă să conducă la aplicarea Directivei nr. 2000/78 atât în sectorul public, cât și în cel privat³⁴. În consecință, în acest scenariu doar principiile generale de drept pentru care legiuitorul UE a decis că se aplică în (anumite) sectoare private ar putea beneficia de efect direct orizontal (în acele sectoare). Atunci când este clar că un anumit principiu general al dreptului UE are efect direct orizontal, următoarea întrebare este aceea care pot fi acele împrejurări. În *Mangold*, *Kücükdeveci* și *ČEZ* el a privit un control asupra legislației naționale. Ar fi posibilă contestarea unei conduite private direct pe temeiul încălcării unui principiu general?

Efectul asupra aplicării legislației UE care exprimă principii generale

Abordarea adoptată în *Mangold* și *Kücükdeveci* afectează și posibilitatea de invocare a legislației Uniunii care exprimă sau pune în aplicare principii generale ale dreptului UE. Precum s-a menționat anterior, reiese că expresii ale principiilor generale în legislație pot fi utilizate în mod independent față de acea legislație. Această posibilitate de invocare independentă a expresiilor unor principii generale este relevantă în special pentru directive. Cauzele *Mangold* și *Kücükdeveci* au expus deja două consecințe. În primul rând, ele exprimă în mod efectiv un drept de a invoca dispoziții ale unei directive în litigii private. Astfel, în fapt, abordarea din *Mangold* și *Kücükdeveci* semnifică o altă calificare a interzicerii efectului direct orizontal al directivelor³⁵. În al doilea rând, ele exprimă un drept de a se întemeia pe dispoziții ale unei directive anterior expirării termenului de transpunere a acelei directive, cu condiția existenței unei alte legături cu dreptul UE³⁶. În plus, expresii ale principiilor generale ar putea fi invocate și în situații care exced domeniului material de aplicare a legislației în care ele sunt exprimate. În cauzele *Mangold* și *Kücükdeveci*, s-a întâmpnat ca discriminările în discuție să fie în domeniul încadrării în muncă, domeniu care este vizat de Directiva nr. 2000/78. Cu toate acestea, inerent

³² Directiva nr. 2000/43/CE a Consiliului din 29 iunie 2000 de punere în aplicare a principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică, JO L 180, 19.7.2000, p. 22 [Ediție specială, 20/vol. 1, p. 19; n.t.] (denumită în continuare „Directiva nr. 2000/43”). Considerentele (2) și (4) sunt identice cu considerentele (1) și (4) din Directiva nr. 2000/78 la care se face referire la pct. 74 din *Mangold*. Așadar, interzicerea discriminării întemeiată pe rasă sau origine etnică constituie și ea o expresie particulară a principiului general de drept.

³³ CEJ, 15 iunie 1978, cauza 149/77, *Defrenne III*, ECR [1978], p. 1365, pct. 27.

* Art. 21 din cartă [n.t.].

³⁴ Art. 3.

³⁵ A se vedea și P. Craig, *The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions*, în 34 EL Rev (2009), p. 349, la pp. 372-375.

³⁶ Aceasta reiese din cauza *Mangold*, în care principiul general al nediscriminării pe motive de vârstă s-a aplicat anterior expirării termenului de transpunere a Directivei nr. 2000/78 (pct. 76). Motivul era că speța a intrat în domeniul de aplicare a dreptului UE printr-o altă directivă (Directiva nr. 1999/70). Pct. 24 și 25 din *Kücükdeveci* clarifică faptul că, în timp ce Directiva nr. 2000/78 slujește ca singură legătură cu dreptul UE, termenul de transpunere trebuie să expire pentru a putea să aplice principiul general. A se vedea și M. de Mol, *Case-Note, Case C-555/07, Küçükdeveci*, în 11 European Human Rights Cases (2010), p. 510, la p. 518.

principiilor generale de drept este caracterul lor general și cuprinzător³⁷. Așadar, posibilitatea lor de aplicare (cel puțin posibilitatea lor de aplicare verticală) nu este limitată la un domeniu specific de drept al UE³⁸. Utilizarea independentă a unor expresii legislative specifice ale principiilor generale poate avea o consecință și asupra cartei. Precum s-a menționat anterior, cartea este posibil să nu fie obligatorie în privința particularilor. Cu toate acestea, dispoziții ale cartei care pot fi considerate a fi expresii ale principiilor generale ale dreptului Uniunii pot fi posibil invocate în litigii private în virtutea argumentației din *Mangold* și *Kücükdeveci*³⁹.

Echilibrul instituțional

Din considerațiile de mai sus reiese că există o interacțiune considerabilă între principiul general creat de instanță și Directiva nr. 2000/78. Se dovedește, în fapt, că rezultatul cauzei ar fi fost exact același dacă legislația națională ar fi fost controlată utilizând doar referirea la Directiva nr. 2000/78. Din perspectiva principiului echilibrului instituțional, este extrem de discutabilă această interacțiune între principiul creat de instanță și directivă⁴⁰. În primul rând, nu este necesar un control autonom al legislației naționale pe temeiul unui principiu creat de instanță, dacă acel principiu este specificat în legislația Uniunii. Aceasta este exact ceea ce au susținut avocații generali Mázak și Colomer⁴¹. Potrivit lor, doar într-o situație în care nu există directive aplicabile, ar trebui să se aplice principiile generale ale dreptului Uniunii ca norme autonome de drept. În situații în care există o directivă aplicabilă (în sensul că o directivă este aplicabilă *ratione materiae* împrejurărilor unei anumite cauze), principiile generale ar trebui utilizate în exclusivitate ca instrumente de interpretare a directivelor, deoarece altfel „137. [...] recunoscând unui principiu general al dreptului comunitar, care [...] poate fi considerat ca fiind stipulat într-un act cu putere de lege comunitar specific [...], un grad de autonomie în așa fel încât acesta ar putea fi invocat în locul sau independent de acest act cu putere de lege ar putea totuși crea o situație problematică.

³⁷ A se vedea CEJ, 15 octombrie 2009, cauza C-101/08, *Audiolux*, Rep. 2009, p. I-9823, pct. 42 și 50.

³⁸ A se vedea pentru detalii *infra* – *Echilibrul instituțional*. A se vedea și avocatul general Trstenjak, 28 aprilie 2010, cauza C-45/09, *Rosenblatt*, nota 27.

³⁹ Cu condiția să existe o (altă) legătură cu dreptul UE, care aduce cauza în domeniul de aplicare a dreptului UE (*Kücükdeveci*, pct. 23). Și cu condiția ca împrejurarea că Directiva nr. 2000/78 se aplică atât sectorului public, cât și celui privat să nu fie decisivă (a se vedea *supra* – *Efectul direct orizontal al unor drepturi fundamentale create de instanță*). Cf. S. Prechal, *Competence Creep and General Principles of Law*, în 3 *Review of European Administrative Law* (2010), p. 5, la p. 21: „există un risc inerent ca principiile generale să poată fi utilizate sau cel puțin să lase impresia că sunt utilizate pentru a ocoli dispozițiile limitative ale cartei. Ar trebui evitate astfel de «incidents de parcours»”.

⁴⁰ Cf. avocatul general Trstenjak, 30 iunie 2009, cauza C-101/08, *Audiolux*: „107. [...] Curtea este de asemenea parte integrantă a echilibrului instituțional. Această constatare implică faptul că, în calitatea sa de organ jurisdicțional al Comunității [...] Curtea respectă competențele legislative ale Consiliului și ale Parlamentului European [...]. Aceasta presupune în mod necesar că [...] își manifestă reținerea necesară în cadrul dezvoltării unor principii generale de drept comunitar care ar putea eventual să contravină obiectivelor stabilite de legiuitor. Curtea poate să apeleze la principiile generale de drept pentru a identifica soluții adecvate ale problemelor de interpretare care îi sunt deduse judecătii, ținând seama de obiectivele tratatului. Ea nu poate însă să se substituie legiuitorului comunitar dacă o lacună legislativă poate fi acoperită de acesta din urmă [...]”.

⁴¹ Avocatul general Mázak, *Palacios de la Villa*, a se vedea *supra* n. 5, pct. 136-138, și avocatul general Colomer, *Michaeler*, *supra* n. 5, pct. 21-23 și 25. A se vedea și avocatul general Sharpston, *Bartsch*, *supra*, n. 5, pct. 88.

138. Această abordare nu numai că ar suscita preocupări serioase în materie de securitate juridică, dar ar și repune în discuție repartizarea competențelor între Comunitate și statele membre, precum și, în general, atribuirea puterilor în temeiul tratatului. [...]”⁴².

În *Küçükdeveci*, Directiva nr. 2000/78 se aplica în mod evident în sensul că legislația națională în discuție intra în domeniul material de aplicare a directivei, iar faptele din acțiunea principală s-au produs ulterior expirării termenului de transpunere. Principiul general este totuși utilizat ca bază de analiză. Această situație este în sine deja stranie. Recurgerea la principii generale devine chiar mai obscură prin aceea că principiul este practic identificat cu Directiva nr. 2000/78⁴³. Temeiul controlului, creat de instanță, se dovedește a fi o normă specifică și concretă în locul unui principiu de drept, abstract și general.

În plus, consecința reală este legiferarea pe cale judiciară, printr-o selecție din Directiva nr. 2000/78. Așadar, sunt respectate unele decizii politice ale legiuitorului Uniunii, precum faptul că o discriminare directă pe motive de vârstă poate fi justificată (art. 5 din Directiva nr. 2000/78), iar alte alegeri legislative sunt ignorate. Cel mai frapant este ocolirea intenției legiuitorului Uniunii prin aceea că particularii ar fi ținuti prin principiul nediscriminării pe motive menționate în Directiva nr. 2000/78 în sensul dreptului *național*, iar nu în virtutea unei interdicții a *Uniunii* de discriminare pe motive de vârstă⁴⁴. În plus, alegerea legiuitorului în privința domeniului *ratione temporis* este zădărnicită, întrucât Directiva nr. 2000/78 se poate aplica și anterior expirării termenului de transpunere a acelei directive⁴⁵.

Pe lângă aceasta, legiuitorul Uniunii a realizat în mod deliberat o distincție între diferitele motive de discriminare menționate la art. 19 TFUE în privința domeniului de aplicare *ratione materiae*. Discriminarea întemeiată pe rasă sau pe origine etnică este interzisă în privința încadrării în muncă, ocupării forței de muncă și formării profesionale, precum și în alte domenii în afara încadrării în muncă, precum protecția socială, sănătate, educație și acces la bunuri și servicii, inclusiv locuințe, care sunt puse la dispoziția publicului (Directiva nr. 2000/43)⁴⁶. Discriminarea pe motive de sex este interzisă în aceleași domenii, cu excepția educației și a mijloacelor de informare și a publicității (Directiva nr. 2000/113)⁴⁷. Pe de altă parte, discriminarea pe motive de vârstă, religie și convingeri, orientare sexuală și handicap este interzisă doar în privința încadrării în muncă, ocupării forței de muncă și formării profesionale⁴⁸. În prezent, există o propunere a Comisiei care vizează punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între persoane indiferent de religie sau convingeri, handicap, vârstă sau orientare sexuală în afara pieței muncii⁴⁹. Cu toate acestea, cauzele *Mangold* și *Küçükdeveci* fac aceste

⁴² Avocatul general Mázak, *Palacios de la Villa*, a se vedea *supra* n. 5.

⁴³ A se vedea și Prechal, *supra*, n. 39, la p. 17: „CEJ nu s-a îndepărtat de termenii directivei și se poate susține că, până în prezent, ea s-a aliniat voinței legiuitorului [...]”.

⁴⁴ Aceasta reiese din aceea că art. 19 TFUE (anterior art. 13 CE) oferă doar un temei de adoptare a unei acțiuni adecvate și din alegerea de a acționa prin directivă.

⁴⁵ A se vedea *supra* – *Efectul direct orizontal al unui drept fundamental creat de instanță*.

⁴⁶ Directiva nr. 2000/43, a se vedea *supra* n. 32.

⁴⁷ Directiva nr. 2004/113/CE a Consiliului din 13 decembrie 2004 de aplicare a principiului egalității de tratament între femei și bărbați privind accesul la bunuri și servicii și furnizarea de bunuri și servicii, JO L 373, 21.12.2004, p. 37 [Ediție specială, 05/vol. 7, p. 135; n.t.].

⁴⁸ Art. 3 din Directiva nr. 2000/78.

⁴⁹ A se vedea art. 3 din Propunerea Comisiei de Directivă a Consiliului cu privire la punerea în aplicare a principiului tratamentului egal al persoanelor indiferent de religie sau convingeri, handicap, vârstă sau orientare sexuală, COM(2008)

distincții existente și dezbateri politice în curs mai puțin relevante. Odată ce principiile generale se aplică într-un domeniu (extins) de drept al UE, legislația națională care guvernează aspecte care intră în domeniul Directivei nr. 2000/43 va trebui poate să respecte principiile generale ale dreptului Uniunii, inclusiv interdicțiile de discriminare pe motivele menționate în Directiva nr. 2000/78. Prin urmare, limitarea domeniului de aplicare a Directivei nr. 2000/78 ar rămâne relevantă doar în privința dispozițiilor care depășesc exprimarea principiului general. Acestea sunt cel mai probabil dispozițiile procedurale din partea II (intitulată „Căi de atac și aplicare”), precum sarcina probei (art. 10).

Securitatea juridică

Accentul Curții privește aplicarea mai efectivă a dreptului la egalitate⁵⁰. Se face dreptate angajaților, dl Mangold și dna Küçükdeveci, prin acordarea lor a unui drept al Uniunii la egalitate de tratament întemeiat pe vârstă în raport cu angajatorii lor. Care este însă situația angajatorilor, dl Helm și societatea Swedex? Statutul lor juridic este afectat în sens negativ drept consecință a invocării principiului general al Uniunii al nediscriminării pe motive de vârstă. Dl Helm se confruntă cu nevaliditatea contractului său, iar Swedex trebuie să se supună unui termen mai îndelungat de preaviz. În sens formal, aceste obligații decurg din dreptul național, adică din norma care este reactivată după excluderea legii naționale contrare⁵¹. Aceasta nu schimbă totuși faptul că aplicarea principiului a fost o *conditio sine qua non* pentru ca aceasta să se întâmple. Se dovedește astfel că particularii nu se pot întemeia pe legislațiile lor (scrise). În schimb, ei trebuie să ia în considerare posibilele efecte ale principiului (nescris al) egalității al Uniunii. Cum se pune aceasta în legătură cu un alt principiu general al dreptului Uniunii, principiul securității juridice?⁵² În recenta cauză *Stadt Papenburg*, Curtea a apreciat că: 45. [...] principiul securității juridice [...] impune în special ca o reglementare care produce consecințe nefavorabile față de particulari să fie clară și exactă, iar aplicarea ei să fie previzibilă pentru justițiabili [...]”⁵³.

Principiile generale ar fi capabile, în general, să îndeplinească acele cerințe? Precum avocatul general Mázak consideră în mod corect: „86. [...] natura principiilor generale de drept – care trebuie căutate mai degrabă în paradisul dreptului lui Platon decât în textele de lege – este astfel încât existența și conținutul lor material se caracterizează prin incertitudine”⁵⁴.

426: „[...] interzicerea discriminării se aplică tuturor persoanelor, atât din sectorul public, cât și din cel privat, inclusiv organismelor publice, în ceea ce privește: – protecția socială, inclusiv securitatea socială și îngrijirea medicală; – avantajele sociale; – educația; – accesul la bunuri și servicii disponibile publicului și furnizarea acestora, inclusiv în ceea ce privește locuința”.

⁵⁰ A se vedea avocatul general Bot, *Küçükdeveci*, *supra* n. 5, pct. 69: „[...] Din această perspectivă, o luptă eficientă împotriva discriminărilor contrare dreptului comunitar presupune posibilitatea ca instanța națională să acorde persoanelor aparținând categoriei defavorizate, imediat și fără a fi constrânsă să solicite victimelor să inițieze o acțiune în răspundere împotriva statului, aceleași avantaje ca celea de care beneficiază persoanele ce aparțin categoriei privilegiate [...]”.

⁵¹ Precum, de exemplu, în cauza de față, lăsarea neaplicată a excepției discriminatorii din cadrul art. 622 alin. (2) al doilea paragraf BGB („Perioadele în care salariatul a fost încadrat în muncă înainte de împlinirea vârstei de 25 de ani nu sunt luate în considerare la calcularea duratei de încadrare în muncă.”) înseamnă că se aplică regula națională de bază de luare în considerare a tuturor anilor de încadrare în muncă (efect de excludere).

⁵² A se vedea și Craig, *supra*, n. 35, la pp. 373-374.

⁵³ CEJ, 14 ianuarie 2010, cauza C-226/08, nepublicată încă în Rep..

⁵⁴ *Palacios de la Villa*, a se vedea *supra* n. 5.

Prin urmare, aceste caracteristici fac mai curând dificilă îndeplinirea condițiilor de claritate, precizie și predictibilitate. Chiar presupunând că existența până în prezent a unei interdicții de discriminare pe motive de vârstă este sau trebuie să fie clară⁵⁵, este îndoielnic dacă consecințele practice ale interzicerii sunt suficient de precise și previzibile. Este dificil de previzionat, în special în privința discriminării pe motive de vârstă, dacă o normă națională de drept este conformă sau nu cu principiul. Precum am văzut, aplicarea principiului general este echivalentă unei aplicări *de facto* a Directivei nr. 2000/78. Se dovedește că statele membre dispun de o marjă extinsă de apreciere nu doar în privința posibilelor obiective, ci și în definirea măsurilor capabile să le realizeze⁵⁶. Mai mult, legislația națională nu trebuie să fie foarte precisă pentru a fi justificabilă⁵⁷. În sfârșit, pentru a se identifica obiectivul aferent al măsurii naționale și pentru a se stabili dacă mijloacele utilizate pentru atingerea acelui obiectiv sunt adecvate și necesare, poate fi luat în considerare contextul general al măsurii vizate⁵⁸.

Așadar, este necesară o apreciere complexă. Va fi dificil pentru particulari să estimeze dacă este sigur sau nu să se întemeieze pe o măsură națională. Este evident că Curtea nu consideră aceste incertitudini ca obstacol. Nici măcar nu le abordează. Aceasta este regretabil întrucât face dificilă aprecierea dacă există limitări ale posibilității de aplicare orizontală a unui principiu general creat de instanță și, în caz afirmativ, care sunt aceste limitări.

6. Remarci finale

Reiese din cele de mai sus că abordarea Curții este extinsă și îndrăzneță. Drept consecință, este dat un impuls considerabil protecției drepturilor fundamentale de către Uniunea Europeană. Ar părea că orice sporește aplicarea drepturilor fundamentale este ceva pozitiv. Cu toate acestea, argumentele anterioare indică faptul că, în speță, nu aceasta este situația în mod necesar. Dintr-un punct de vedere al echilibrului instituțional și al securității juridice soluția adoptată este discutabilă. Mai mult, este dezamăgitoare absența unei argumentații solide privind recunoașterea și efectul orizontal ale principiului creat de instanță. Cu siguranță ea nu promovează legitimitatea abordării și creează insecuritate juridică⁵⁹.

⁵⁵ Întrucât în prezent avem *Mangold, Küçükdeveci* și art. 21 din cartă.

⁵⁶ *Palacios de la Villa*, a se vedea *supra*, n. 9, pct. 68.

⁵⁷ *Ibidem*, pct. 56. *Age Concern*, a se vedea *supra* n. 9, pct. 44.

⁵⁸ *Palacios de la Villa*, a se vedea *supra* n. 9, p. 57.

⁵⁹ A se vedea și M. Herdegem: „[...] legitimitatea jurisprudenței Curții Europene de Justiție depinde de o abordare metodologică transparentă în dezvoltarea și aplicarea principiilor generale de drept și a procesului jurisdicțional [...]”. M. Herdegem, *The Origins and Development of the General Principles of Community Law*, în U. Bernitz și J. Nergelius (ed.), *General Principles of European Community Law* (Haga, Kluwer Law International, 1999), p. 3, la p. 1.

Curtea Europeană de Justiție, dreptul la o instanță constituită prin lege și dreptul constituțional ceh*

JUDr. Václav STEHLÍK, LL.M., Ph.D.¹

Abstract

The article analyses the decision of the Czech Constitutional Court in case Pfizer regarding the enforcement of the obligation of Czech courts of last instance to initiate the preliminary ruling procedure under Article 267 TFEU (ex 234 TEC). This enforcement is not done only through the EU law procedures but it is also fostered through the application of the right to one's statutory judge as it is guaranteed in the Czech Charter of Fundamental Rights which forms part of the Czech Constitutional legal order.

Keywords: *preliminary ruling procedure, right to one's statutory judge, Court of Justice of the European Union, Constitutional Court of the Czech Republic, Charter of Fundamental Rights and Freedoms, Treaty on the Functioning of the European Union*

1. Remarci introductive

Procedura trimiterii preliminare din cadrul art. 267 TFUE² a fost parte extrem de importantă a cadrului judiciar al UE. Prin această procedură, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (denumită în continuare „Curtea Europeană de Justiție” sau „CEJ”) a formulat principii fundamentale pentru aplicarea dreptului UE³ în ordinele juridice ale statelor membre (precum efectul direct al dreptului UE sau supremația dreptului UE asupra dreptului național contrar) și a pronunțat influențele sale hotărâri în interpretare care au constituit chipul prezent al integrării UE⁴.

* Articolul, purtând titlul „*The European Court of Justice, the right to a statutory judge and the Czech constitutional law*”, se publică în traducere cu acordul autorului său. [Traducere de Mihai Banu].

¹ Conferențiar la disciplina dreptul UE în cadrul Departamentului de drept european, Facultatea de Drept, Universitatea Palacký din Olomouc, Republica Cehă. O versiune anterioară a fost prezentată la al optulea congres mondial al Asociației internaționale de drept constituțional, Mexic, 6-10 decembrie 2010; versiunea în limba engleză a acestui articol urmează a fi publicată în *UWM Law Review*, vol. 3, 2011 (Polonia; <http://www.uwm.edu.pl/lawreview/>).

Articolul a fost redactat în cadrul proiectului de cercetare „*Relations and Interactions between Czech Law and EU Law – Fundamentals and Recent Development*” finanțat de Universitatea Palacký din Olomouc, nr. PF_2011_007.

² Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene; prin revizuirea prin Tratatul de la Lisabona, cu începere din 1 decembrie 2009, el a înlocuit fostul Tratat CE. În consecință, actualul art. 267 TFUE corespunde fostului art. 234 CE. Acolo unde este cazul, ne vom referi și la vechea numerotare; ea privește în special jurisprudența anterioară Tratatului de la Lisabona atât a CEJ, cât și a Curții Constituționale cehe.

³ Anterior revizuirilor prin Tratatul de la Lisabona, era utilizat termenul „dreptul comunitar” sau „dreptul CE”; îl păstrăm când ne referim la jurisprudența anterioară Tratatului de la Lisabona. Ulterior modificărilor prin Tratatul de la Lisabona, principiile dreptului CE se aplică întregului drept al UE.

⁴ Pentru detalii a se vedea, mai recent, de exemplu, M. Broberg, N. Fenger, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2010 [traducere în limba română: M. Broberg, N. Fenger, *Procedura trimiterii preliminare la Curtea Europeană de Justiție*, Wolters Kluwer, București, 2011; n.t.]; monografiile cehe: M. Bobek,

În temeiul art. 267 al doilea paragraf TFUE, o instanță judecătorească inferioară poate iniția procedura trimiterii preliminare dacă apreciază că o decizie privind o chestiune de drept al UE este necesară pentru a-i permite să pronunțe o hotărâre în cauza cu care este sesizată. În legătură cu instanțele judecătorești naționale de ultim grad de jurisdicție, art. 267 al treilea paragraf TFUE formulează o obligație de a iniția această procedură. Unul dintre punctele cruciale în procesul integrării UE a fost interpretarea și executarea acestei obligații.

Vom oferi în cele ce urmează o expunere elementară a modului în care CEJ înțelege art. 267 al treilea paragraf TFUE. Ne vom centra ulterior asupra deciziei Curții Constituționale cehe⁵ care a abordat obligația instanțelor cehe de a iniția procedura din art. 267 al treilea paragraf TFUE întemeindu-se pe normele constituționale cehe. Nu în cele din urmă, vom menționa decizia omoloagă a Curții Constituționale slovace⁶.

2. CEJ și excepțiile de la utilizarea procedurii din art. 267 al treilea paragraf [TFUE]

Drept consecință a importanței procedurii trimiterii preliminare, decizia dacă există obligația de a iniția procedura și dacă există anumite excepții de la această obligație a reprezentat o preocupare însemnată pentru dreptul UE. Prin urmare, CEJ nu putea lăsa nesupravegheată utilizarea acestei proceduri și nu putea lăsa interpretarea la nivel național, dat fiind că principalul *raison d'être** al procedurii trimiterii preliminare este aplicarea uniformă, în toate statele membre, a dreptului UE, în special, (însă în prezent categoric nu doar) regulilor pieței interne. Simultan, deși relația dintre CEJ și instanțele naționale nu se întemeiază în principal pe o ierarhie, ci pe o cooperare, procedura ajută la menținerea autorității supreme a CEJ în ceea ce privește interpretarea/aprecierea validității dreptului UE.

Pe de altă parte, necesitatea de a formula limite fundamentale ale obligației de a iniția procedura a constituit o problemă practică, întrucât nu era de dorit ca instanțele naționale să fi fost obligate să ridice întrebări și în legătură cu aspecte clare ori deja clarificate. A fost sarcina CEJ să instituie limite rezonabile care ar conserva încă principala *raison d'être* a procedurii, astfel menționată mai sus.

Prin urmare, într-o cauză timpurie, *Da Costa*⁷, CEJ a concluzionat că autoritatea deciziei deja pronunțate de CEJ poate lipsi obligația de obiectivul său și, în consecință, o poate lipsi de substanță. Acesta este cazul în special atunci când cauza este *vădit identică* cu o cauză care a făcut deja obiectul unei hotărâri preliminare într-o cauză asemănătoare⁸. Deși cauza

J. Komárek, J. Passer, M. Gillis, *Předběžná otázka v komunitárním právu (Întrebările preliminare în dreptul comunitar)*, Linde, Praga 2005, sau V. Stehlik, *Řízení o předběžné otázce v komunitárním právu (Procedura trimiterii preliminare în dreptul comunitar)*, Editura Universității din Olomouc, 2006.

⁵ II. ÚS 1009/08, decizia din 8 ianuarie 2009.

⁶ IV. ÚS 206/08-50, decizia din 28 iulie 2009.

* Obiectiv esențial [n.t.].

⁷ 28-30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV/Administrația fiscală olandeză*, ECR [1963], p. 31.

⁸ *Ibidem*, pct. 38 din hotărâre.

privea proceduri în fața unor instanțe naționale diferite și având părți diferite, împrejurările și întrebările ridicate în cauza *Da Costa* erau în esență identice cu cele din cauza anterioară *Van Gend en Loos*⁹. Întemeindu-se pe această abordare, CEJ a reținut că nu exista justificare pentru inițierea procedurii trimiterii preliminare și pentru reinterprețarea articolelor în discuție ale tratatului; toate celelalte instanțe din CE sunt ținute de interpretarea deja pronunțată de CEJ (teoria *acte éclairé*)¹⁰.

O concluzie asemănătoare a fost realizată de CEJ două decenii mai târziu într-o cauză influentă, *CILFIT*¹¹, în legătură cu situații în care decizia sa anterioară abordase deja un *motiv de drept* în cauză, deși, în alte privințe, cauzele erau (vădit) diferite¹². Totuși, spre deosebire de cauza *Da Costa*, CEJ a formulat condiții mai precise în temeiul cărora aplicarea dreptului comunitar poate fi atât de evidentă, încât să nu lase loc vreunei îndoieli rezonabile cu privire la modul în care ar trebui soluționată. În consecință, instanța națională de ultim grad de jurisdicție nu este obligată să inițieze procedura de la art. 267 TFUE, dacă este convinsă că chestiunea este la fel de evidentă instanțelor din alte state membre, precum și însăși CEJ (teoria *acte clair*).

Pentru a formula această concluzie, instanța națională trebuie să ia în considerare trăsături caracteristice ale dreptului comunitar și dificultăți particulare pe care le generează interpretarea sa. Mai precis, instanța națională:

- trebuie să compare versiunile oficiale ale dreptului comunitar¹³;
- trebuie să aibă în vedere că:
- dreptul comunitar utilizează propria terminologie;
- conceptele juridice nu au în mod necesar același sens în cadrul dreptului CE și al dreptului național – această cerință reflectă caracterul autonom al dreptului CE;
- fiecare dispoziție de drept comunitar trebuie interpretată în context și în raport cu dreptul comunitar ca întreg.

Deși ar fi putut părea că CEJ a deschis o modalitate juridică pentru ca instanțele naționale să ocoboască utilizarea acestei proceduri, *condițiile au fost formulate atât de strict* încât îndeplinirea lor era problematică chiar și pentru instanțele naționale superioare sau supreme¹⁴. Principala

⁹ Întrebările priveau efectul direct al interdicției de a percepe drepturi vamale în Comunitatea Europeană în cursul perioadei tranzitorii anterior abolirii lor totale în 1968; pentru detalii a se vedea 26/62, *NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Administrația fiscală olandeză*, ECR [1963], p. 1.

¹⁰ Cu toate acestea, aceasta nu înseamnă că instanța națională nu ar putea utiliza procedura trimiterii preliminare ori de câte ori o consideră necesară; ea poate încerca și să convingă CEJ să modifice interpretarea dată dispozițiilor de drept al UE; a se vedea, de exemplu, C-267/91 a C-268/91, *proceduri penale împotriva lui Keck și Daniel Mithouard*, ECR [1993], p. 6097; pentru detalii a se vedea A. G. Toth, *The Authority of Judgements of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects*, în *Yearbook of the European Law*, Clarendon Press, Oxford 1984, pp. 19-20; V. Stehlik, *Účinky rozhodnutí Evropského soudního dvora v řízení o předběžné otázce (Efecte ale deciziei CEJ în procedura trimiterii preliminare)*, Právní obzor, nr. 4, 2005, pp. 312-334.

¹¹ 283/81, *Srl CILFIT și Lanificio di Gavardo SpA/Ministerul Sănătății*, ECR [1982], p. 3415.

¹² Pct. 14 din hotărâre.

¹³ Importanța acestei comparații poate fi dedusă în mod clar din jurisprudența sa anterioară; a se vedea, de exemplu 29/69, *Stauder/Orașul Ulm*, ECR [1969], p. 419, pct. 3.

¹⁴ Pentru discuții recente privind utilizarea criteriilor *CILFIT* și a posibilei lor reformulări, a se vedea, de exemplu, M. Broberg, *Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of the times*, în *CML Rev*, nr. 45, 2008, p. 1383 și urm..

motivare pentru CEJ de a promova aceste condiții a fost faptul că instanțele naționale (în special instanțele supreme) ar respinge utilizarea procedurii de la art. 267 TFUE și a respectării autorității și funcției unice a CEJ. Prin urmare, condițiile formulate în *CILFIT* urmau a exercita presiune asupra instanțelor naționale (supreme) de a utiliza procedura trimiterii preliminare și de a accepta autoritatea CEJ^{15,16}.

Este dificil de apreciat, din punct de vedere statistic, dacă „tactica” CEJ a avut succes; deocamdată, precum vom vedea mai jos în decizia Curții Constituționale cehe, utilizarea procedurii de la art. 267 TFUE în lumina criteriilor *CILFIT* a făcut parte din controlul jurisdicțional în fața curților constituționale naționale și din punerea în aplicare de acestea a obligației de la art. 267 al treilea paragraf [TFUE].

Să adăugăm, în acest context, că îndeplinirea obligației de la art. 267 al treilea paragraf [TFUE] a fost susținută mult mai târziu în cauza *Köbler*¹⁷. În acea privință, CEJ a declarat că încălcarea obligației de a sesiza CEJ cu o întrebare este o încălcare a dreptului UE pentru care statele membre pot fi obligate să răspundă, iar particularii care au suferit prejudicii pot introduce o acțiune în răspundere la instanțele naționale. Aceasta va fi posibilă doar în situația unei încălcări suficient de grave și de flagrante a acestei obligații și cu respectarea caracterului particular al funcțiilor jurisdicționale ale instanțelor naționale¹⁸.

Pentru a rezuma paragrafele precedente, este evident că obligația de a iniția procedura trimiterii preliminare își are originea în dreptul UE. În mai multe decizii influente, CEJ a formulat limite ale acestei obligații, mai curând în sens strict. Principala motivare a fost necesitatea de a păstra competențele sale exclusive în arhitectura judiciară a UE și, astfel, prin jurisprudența sa de a asigura aplicarea uniformă a ordinii juridice a UE în toate statele membre.

Deplasându-ne de la UE la nivelul național, principalul aspect este modul în care obligația în temeiul art. 267 al treilea paragraf [TFUE] și, în consecință, necesitatea de a reflecta excepțiile *CILFIT* din această obligație a fost concretizată în ordinea juridică națională ale statelor membre, mai precis în ordinea juridică ceahă. Jurisprudența CEJ a fost examinată în decizia Curții Constituționale cehe (denumită în continuare „CCC”). În capitolul următor vom rezuma succint

¹⁵ A se vedea G.F. Mancini, D.T. Keeling, *From CILFIT to ERT: The Constitutional Challenge Facing the European Court*, în *Yearbook of European Law*, Clarendon Press, Oxford 1991, p. 3, D. Blanchet, *L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire: une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'état français du fait de la fonction juridictionnelle?*, în *Revue trimestrielle de droit européen*, nr. 2, 2001, pp. 396-438; M. Bobek, *Porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce podle čl. 234(3) [Încălcarea obligației de a iniția procedura trimiterii preliminare în temeiul art. 234 al treilea paragraf CE]*, C. H. Beck, Praga 2004, p. 39.

¹⁶ Forța obligatorie a hotărârii CEJ în procedura trimiterii preliminare a fost formulată și în legătură cu trimiterile în aprecierea validității dreptului UE; a se vedea cauza 66/80, *SpA International Chemical Corporation/Amministrazione delle Finanze dello Stato*, ECR [1981], p. 1191.

¹⁷ A se vedea C-224/01, *Gerhard Köbler/Republik Österreich*, ECR [2003], p. I-10239. Pentru comentarii timpurii ale acestei cauze, a se vedea, de exemplu, P.J. Wattel, Köbler, *CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this*, în *CML Rev* nr. 41, 2004, p. 177 și urm.; C. D. Classen, *Case C-224/01, Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, *CML Rev*, nr. 41, 2004, p. 87 și urm..

¹⁸ În special pct. 53 din hotărâre. Pentru o acțiune recentă de punere în aplicare a regulii privind răspunderea din *Köbler*, a se vedea C-379/10, *Comisia/Republica Italiană*, acțiune introdusă la 29 iulie 2010. Este posibilă și introducerea de Comisia Europeană a unei acțiuni în constatarea neîndeplinirii obligațiilor în temeiul art. 258 TFUE împotriva unui stat membru a cărui instanță judecătorească a încălcat obligația de la art. 267 TFUE; această procedură nu a fost încă utilizată.

decizia CCC în cauza *Pfizer* și vom atrage atenția asupra concluziilor fundamentale în legătură cu procedura trimiterii preliminare.

3. Reflectarea criteriilor CILFIT în decizia Curții Constituționale cehe în cauza *Pfizer*¹⁹

3.1. Rezumatul cauzei

Cauza a privit o societate comercială, Pfizer, care a introdus o plângere la Curtea Constituțională cehă pentru încălcarea art. 36 alin. (1) din Carta drepturilor și libertăților fundamentale (denumită în continuare „Carta cehă”) care face parte din ordinea constituțională cehă și care garantează *dreptul la un proces echitabil*. Pfizer a susținut că îi era refuzată ocazia de a fi parte la procedura administrativă de înregistrare a unui produs medical de societatea Zentiva, înregistrare care se realiza printr-o referire la datele de înregistrare ale reclamantului pentru propriul produs medical.

Potrivit deciziei definitive a Curții Administrative Supreme (denumită în continuare „CAS”), Pfizer nu putea fi parte la această procedură administrativă, întrucât Legea medicamentelor în vigoare la data procesului de înregistrare nu dădea societăților afectate vreo calitate procesuală specială și, prin urmare, a fost refuzată în mod clar calitatea procesuală (*locus standi*) a Pfizer²⁰.

Din punctul de vedere al reclamantului, dacă nu exista o calitate procesuală specială în temeiul Legii medicamentelor, CAS ar fi putut totuși aplica Codul de procedură administrativă care stabilește o reglementare generală pentru procedura administrativă. În temeiul Codului administrativ, coroborat cu jurisprudența CCC, pentru ca o persoană juridică sau fizică să aibă statut de parte într-o procedură administrativă, este suficient să existe o simplă presupunere că ea are drepturi, interese sau obligații protejate de lege de care s-ar putea ține cont în cauză²¹.

Societatea a susținut, în plus, că exista o încălcare a considerentului (9) din preambulul Directivei nr. 2001/83/CE care accentua necesitatea de protejare a firmelor inovatoare față de dezavantaje în procesul de înregistrare. În consecință, Pfizer a susținut încălcarea dreptului său de proprietate, protejat în temeiul art. 11 din Carta cehă, întrucât era proprietarul informațiilor și datelor unor teste clinice și preclinice pe care reclamantul la furnizase registrului; așadar, ea avea un interes în a-și vedea proprietatea sa utilizată în conformitate cu dreptul și cu drepturile sale de proprietate nerestricționate dincolo de limitele legii²².

Potrivit CAS, nu existau temeiuri pentru sesizarea CEJ cu o întrebare preliminară. Ea nu identificase nicio dispoziție a directivei care ar trebui să fie interpretată în scopul de a decide

¹⁹ II. ÚS 1009/08, decizia din 8 ianuarie 2009. Oferim aici extrase cruciale din hotărâre; traducerea completă în limba engleză a deciziei CCC se poate găsi pe pagina web a CCC: <http://www.concourt.cz/view/726>

²⁰ *Ibidem*, pct. 3 din decizie.

²¹ Par. 14 din Legea nr. 71/1969 privind Codul de procedură administrativă, în vigoare la acea dată; decizia Curții Constituționale cehe nr. Pl. ÚS 547/02.

²² Pentru detalii a se vedea pct. 6 din decizie.

participarea reclamantului în procedura de înregistrare. Art. 10 din directivă descrie cazurile în care rezultatele testelor clinice și preclinice ale produselor medicale originale pot fi utilizate pentru înregistrarea unor produse generice. Acea dispoziție nu servește pentru protejarea drepturilor de proprietate comercială și industrială ale producătorilor de produse medicale originale. Prin urmare, nu există nimic care ar putea stabili dreptul său de a participa²³.

3.2. Repartizarea competențelor jurisdicționale și procedura trimiterii preliminare

Înainte de a analiza aplicarea art. 234 CE (în prezent art. 267 TFUE), CCC s-a centrat asupra naturii și efectelor dreptului CE (în prezent dreptul UE) în ordinea juridică cehă. CCC avusese ocazia să se pronunțe asupra acestor aspecte în decizii anterioare în care a întemeiat autoritatea dreptului CE pe dispoziții ale Constituției cehe²⁴. Dreptul CE nu face parte din ordinea constituțională cehă, el este clasat în dreptul infra-constituțional, iar CCC nu are competență să interpreteze acel drept.

CCC a acceptat impactul dreptului CE asupra formării, aplicării și interpretării dreptului național. Deocamdată, este o sarcină a ambelor instanțe supreme cehe – Curtea Supremă și Curtea Administrativă Supremă – să asigure unitatea jurisprudenței în cadrul Republicii Cehe. În principiu, instanțele judecătorești de drept comun²⁵ sunt competente să controleze aplicarea dreptului CE și, în anumite situații, să sesizeze CEJ cu întrebări. CCC nu aparține sistemului de instanțe de drept comun; ea este un organism jurisdicțional care răspunde de protejarea constituționalității; adică de conformitatea legislației cu normele constituționale cehe²⁶. CCC se pronunță în special asupra plângerilor de constituționalitate împotriva intervențiilor autorităților publice asupra drepturilor și libertăților garantate constituțional²⁷.

În principal instanțele judecătorești de drept comun sunt, prin urmare, obligate să aplice dreptul CE și, de asemenea, este o sarcină a instanțelor judecătorești supreme, drept consecință a

²³ A se vedea *ibidem*, pct. 10 din decizie.

²⁴ Mai precis, pe art. 10a din Constituția cehă. A se vedea în special decizia privind Regulamentul cotelor de zahăr – Pl. US 50/04 – pronunțată la 8 martie 2006; decizia privind mandatul european de arestare – Pl. US 66/04 – pronunțată la 3 mai 2006; decizia privind Tratatul de la Lisabona („Lisabona I”) Pl. ÚS 19/08 – pronunțată la 26 noiembrie 2008. Pentru detalii a se vedea Z. Kühn, *Rozšíření Evropské unie a vztahy šestadvaceti ústavních systémů (Extinderea UE și relațiile a 26 de sisteme constituționale)*, Právník, č. 8, 2004; M. Bartoň, *Úloha Ústavního soudu při posuzování souladu národního a evropského práva. Zkušenost z ČR*, în Z. Witkowski, V. Jirásková, (ed.): *Konstytucjonalizm czeski i polski 15 i 11 lat po uchwaleniu konstytucji obu państw*, Toruń, Wydawnictwo Naukowe UMK, 2009, s. 159-167; mai recent O. Hamulák, *Právo Evropské unie v judikatuře Ústavního soudu České republiky: reflexe členství a otázek evropského práva v ústavní judikatuře (Dreptul UE în jurisprudența Curții Constituționale cehe: o reflecție privind statutul de membru și aspecte de drept al UE în jurisprudența constituțională a Curții Constituționale cehe)*, Leges, Praga 2010; V. Stehlik, *Lidská práva jako limit aplikace práva EU v judikatuře Ústavního soudu ČR (Drepturile omului ca limită pentru aplicarea dreptului UE în jurisprudența Curții Constituționale cehe)*, lucrare la conferința – *Dies lura Tyravniensis*, Facultatea de Drept, Trnava (Slovacia), 2010.

²⁵ În Republica Cehă, sistemul este reprezentat de către o ierarhie a instanțelor locale, regionale, superioare și de două instanțe supreme.

²⁶ Art. 83 din Constituția cehă; Carta cehă a drepturilor fundamentale este parte a ordinii constituționale cehe.

²⁷ Art. 87 alin. (1) lit. d) din Constituția cehă. Mai mult, CCC poate fi sesizată pentru a decide asupra constituționalității unui tratat internațional pe care Republica Cehă urmează a-l ratifica. CCC a utilizat recent această [competență] de două ori în legătură cu Tratatul de la Lisabona și cu conformitatea sa constituțională – a se vedea decizia privind Tratatul de la Lisabona („Lisabona I”) din 26 noiembrie 2008, Pl. ÚS 19/08, și decizia privind Tratatul de la Lisabona („Lisabona II”) din 3 noiembrie 2009, Pl. ÚS 29/09.

relațiilor lor ierarhice, să unifice jurisprudența instanțelor inferioare și să asigure și conformitatea ei cu dreptul CE prin intermediul procedurii trimiterii preliminare.

3.3. Caracterul obligației de a iniția o procedură a trimiterii preliminare și regula generală a arbitrarului

CCC a examinat caracterul obligației de a iniția procedura trimiterii preliminare, întemeind analiza sa pe jurisprudența CEJ. Ea a făcut referire la cauzele *CILFIT* și *Hoffmann-La Roche*²⁸ și a subliniat că obiectivul art. 234 CE este interpretarea uniformă a dreptului UE în toate statele membre.

Deși trimiterea de întrebări preliminare este un aspect de drept al CE, neefectuarea unei trimiteri, în anumite situații, poate cauza și o încălcare a dreptului (garantat constituțional) la o instanță constituită prin lege, astfel formulat la art. 38 alin. (1) din Carta cehă. Aceasta este situația dacă instanța cehă aplică dreptul CE, însă, într-un mod arbitrar, nu sesizează CEJ cu o întrebare preliminară. CCC consideră ca acțiune arbitrară o astfel de conduită de către o instanță de ultim grad de jurisdicție care aplică o normă de drept comunitar dacă:

- instanța a omis în întregime să examineze chestiunea dacă ar trebui să sesizeze CEJ cu o întrebare preliminară sau
- instanța nu a motivat în mod adecvat neefectuarea sesizării și, în această privință, nu a apreciat excepțiile formulate în jurisprudența CEJ²⁹.

Potrivit CCC, motivarea inadecvată se va produce în special dacă:

- instanța exprimă o simplă opinie în sensul că ea consideră interpretarea problemei date ca evidentă; o astfel de apreciere nu este suficientă, în special într-o situație în care opinia instanței a fost contestată de către o parte în proces;
- instanța nu explică în mod adecvat cum și de ce soluția aleasă este conformă obiectivului normei juridice comunitare³⁰.

În formularea conceptului de drept la o instanță constituită prin lege și a omisiunii arbitrar de a iniția procedura prin art. 234 CE, CCC s-a inspirat din jurisprudența Curții Constituționale Federale germane, la a cărei practică decizională a făcut referire. În mod curios, aceasta s-a făcut nu prin referire directă la deciziile curții germane în cauză, ci prin literatura juridică cehă relevantă³¹.

²⁸ 106/77, *Hoffmann-La Roche AG/Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, ECR [1977], p. 957.

²⁹ Este vorba în special despre cauza *CILFIT*, menționată anterior; cf. pct. 21 din decizie.

³⁰ Cf. pct. 22 din decizie.

³¹ M. Bobek, *Porušení povinnosti zahájit řízení o předběžné otázce podle článku 234 (3) SES [Încălcarea obligației de a iniția procedura trimiterii preliminare în temeiul art. 234 al treilea paragraf CE]*, Praga, C.H. Beck, 2004, p. 49; cf. pct. 23 din decizie. Pentru cele mai recente decizii ale Curții Constituționale Federale germane privind obligația în temeiul art. 267 TFUE, a se vedea în special partea II din decizia din 25 februarie 2010, 1 BvR 230/09, și partea III din decizia din 6 iulie 2010, 2 BvR 2661/06.

3.4. Aplicarea practică a „regulii arbitrariului” – motivarea defectuoasă a deciziei

Cerința interpretării adecvate teleologice și sistematice

În opinia CCC, CAS nu a tratat într-un mod suficient interpretarea obiectivelor urmărite de directiva în discuție. Obiectivul unei directive este esențial, întrucât, în dreptul CE, interpretarea teleologică și sistematică este mult mai comună decât interpretarea gramaticală și, ca regulă, are o mai mare relevanță. Din caracterul juridic al directivei reiese că măsurile naționale care o transpun trebuie să asigure obiectivele urmărite de directivă, întrucât alegerea mijloacelor rămâne la nivel național.

CAS nu a dat o interpretare suficientă directivei întrucât:

- ea a transcris doar anumite obiective cuprinse în preambulul directivei coroborat cu Legea medicamentelor, fără o interpretare aprofundată a lor;
- ea a ignorat alte obiective ale directivei (considerentul (9) din preambul și art. 10 din directivă), potrivit cărora înregistrarea unor produse generice nu ar trebui să aducă atingere protecției juridice a proprietății comerciale și industriale;
- prin urmare, ea nu a abordat alte alternative de interpretare care ar lua în considerare și celelalte obiective menționate anterior; CAS a ignorat în special participarea recunoscută a reclamantului la procedura administrativă – o alternativă susținută în jurisprudența Curții Supreme suedeze.

Deficiența în lucrul cu jurisprudența CEJ și a altor instanțe

Din punctul de vedere al CCC, eroarea fundamentală a CAS a fost faptul că în interpretarea dreptului comunitar:

- ea nu a clarificat jurisprudența CEJ. Ea nu a stabilit în niciun fel dacă și cum CEJ s-a pronunțat în chestiunea în discuție; în consecință, decizia CAS nu poate fi considerată a fi motivată în mod adecvat³²;
- ea a soluționat chestiunea participării la procedură prin simpla citare a dispozițiilor directivei și ale transpunerii lor, fără a încerca să le interpreteze, cu atât mai puțin să cerceteze intenția lor³³;
- ea nu a făcut nicio referire la excepțiile de la obligația de a iniția procedura de la art. 234 CE – ceea ce constituie criteriile enunțate în cauza *CILFIT*;
- ea nu a făcut nicio referire la jurisprudența altor instanțe judecătorești ale altor state membre, în special ea nu a luat în considerare argumentul reclamantei întemeiat pe jurisprudența Curții Supreme suedeze în sensul căreia reclamantul ar fi obținut *locus standi* în procedură.

Prin urmare, nu a fost îndeplinit criteriul *CILFIT*, potrivit căruia aspectul să se impună într-un mod la fel de evident și instanțelor din celelalte state membre, iar convingerea CAS în această privință nu a fost întemeiată. O concluzie diferită ar conduce la o variație de nedorit în privința

³² Cf. pct. 25 din decizie.

³³ Cf. pct. 26 din decizie.

interpretării intenției normei comunitare în discuție în domeniul UE, ceea ce este în conflict cu principiul securității juridice (inclusiv cu cerința ca dreptul să fie previzibil pe întreg teritoriul pe care ar trebui aplicat)³⁴.

CCC a concluzionat, prin urmare, că ar fi fost potrivită familiarizarea cu jurisprudența CEJ și, dacă nu s-ar dovedi posibilă identificarea unui răspuns în aceasta, ar fi necesară sesizarea Curții cu o întrebare preliminară.

Critica practicii instanțelor judecătorești cehe

CCC a adăugat, nu în ultimul rând, o critică la practica instanțelor judecătorești cehe care s-au adresat rareori CEJ cu o întrebare preliminară. Potrivit statisticilor din Raportul anual al CEJ pentru 2007, nici Curtea Supremă, nici Curtea Administrativă Supremă nu au adresat CEJ o întrebare preliminară, deși, din contră, experiența redusă cu dreptul comunitar în ordinea juridică ceahă ar conduce la un număr mai mare de trimiteri³⁵.

Decizia CCC

Curtea Constituțională ceahă a concluzionat că, în calitate de instanță judecătorească de ultim grad de jurisdicție, CAS a încălcat dreptul reclamantei la o instanță constituită prin lege, care este garantat prin art. 38 alin. (1) din Carta ceahă, atunci când în mod arbitrar [adică în conflict cu art. 2 alin. (3) din Constituția Republicii Cehe, coroborat cu art. 4 alin. (4) din Carta ceahă] nu a sesizat CEJ cu o întrebare preliminară referitor la participarea reclamantei la procedura în discuție. Curtea Constituțională a casat decizia CAS³⁶.

4. O incursiune succintă în decizia Curții Constituționale slovace

Înainte de a face mai multe comentarii privind decizia *Pfizer*, se aruncăm o privire asupra deciziei omoloage a Curții Constituționale slovace care a fost pronunțată la câteva luni după cauza ceahă.

În cauza „*N.P.*”³⁷, Curtea Constituțională slovacă (denumită în continuare „CCS”) a controlat interdicția discriminării la încetarea contractului de muncă. Reclamanta din procedura din fața instanței regionale a menționat mai multe decizii ale CEJ având ca obiect procedura. Ea a susținut și că instanța regională era fără îndoială o instanță de ultim grad de jurisdicție în cauza sa și, ca atare, ea ar fi trebuit să inițieze procedura trimiterii preliminare în temeiul

³⁴ Cf. pct. 27 din decizie.

³⁵ Cf. pct. 29 din decizie.

³⁶ A existat o opinie separată potrivit căreia o încălcare a art. 267 al treilea paragraf TFUE conduce nu la o încălcare a dreptului la o instanță constituită prin lege, garantat la art. 38 alin. (1), ci trebuie calificată ca încălcare a dreptului la un proces echitabil, în sensul art. 36 alin. (1) din cartă.

³⁷ IV. ÚS 206/08-50, decizia din 28 iulie 2009.

art. 234 CE. Instanța regională nu a tratat motivele ridicate. Reclamanta a formulat o plângere de constituționalitate și a susținut încălcarea dreptului său la un proces echitabil.

CCS a realizat o analiză a Codului de procedură civilă slovac, care conține o dispoziție care permite instanței naționale să decidă asupra sesizării CEJ cu întrebări. Ea a subliniat că această decizie se află în întregime în competența instanței în discuție, iar părțile pot face doar propuneri în această privință. Decizia instanței de a nu iniția procedura trimiterii preliminare poate fi atacată de către partea interesată.

CCS a analizat caracterul procedurii trimiterii preliminare în temeiul art. 234 CE. Revine instanței naționale să decidă cu privire la necesitatea de a iniția procedura de la art. 234 CE și la relevanța întrebărilor adresate; este o obligație a CEJ de a decide³⁸. În consecință, atunci când interpretează dreptul UE, instanță constituită prin lege este atât instanța națională, cât și Curtea Europeană de Justiție. CEJ are nu doar o obligație de a interpreta dreptul UE, ci și dreptul de a proceda astfel și nu poate fi ocolită prin excepția de la criteriile formulate chiar de CEJ. În această privință, CCS se referă la cauza *CILFIT*. Ea trimite apoi și la cauza *Köbler* și la răspunderea statelor membre pentru încălcarea de instanțele lor a obligației de a iniția procedura de la art. 234 CE.

Prin urmare, asemănător Curții Constituționale cehe, CCS a concluzionat că încălcarea art. 234 al treilea paragraf CE constituie o încălcare a dreptului la o instanță constituită prin lege. Asigurarea respectării acestei obligații revine în primul rând nu Curții Constituționale slovace, ci Curții Supreme slovace – a cărei sarcină este de a asigura uniformitatea jurisprudenței instanțelor inferioare, inclusiv a trimiterilor prin art. 234 CE.

Pentru a rezuma și concluziona, atitudinea CCS a fost foarte asemănătoare celei a Curții Constituționale cehe. Una dintre diferențe este că CCS nu a formulat în detaliu condițiile în care nu este necesară trimiterea unei cauze, ci s-a referit doar la decizia CEJ în *CILFIT*. În plus, ea s-a referit de asemenea la decizii ale altor instanțe UE, adică ale Curții Constituționale Federale germane; în mod surprinzător, ea nu a menționat cauza omoloagă a Curții Constituționale cehe pronunțată cu câteva luni înainte. De asemenea, CCS a accentuat puternic rolul instanțelor de drept comun și în special al Curții Supreme a căror sarcină este unificarea practicii de interpretare a instanțelor inferioare. În esență, rezultatul este același – încălcarea obligației din art. 234 al treilea paragraf CE constituie o încălcare a dreptului la o instanță constituită prin lege, cuprins atât în Constituția slovacă (și în dreptul infra-constituțional), cât și în Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului³⁹.

³⁸ Aici CCS se referă la cauza CEJ C-13/05, *Chacón Navas Administration*, ECR [2006], p. II-85.

³⁹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului a admis recent că o nesensizare arbitrară cu întrebări în temeiul procedurii trimiterii preliminare ar putea conduce la încălcarea art. 6 din convenție. Pentru detalii și comentarii asupra jurisprudenței, a se vedea, de exemplu, M. Broberg, N. Fenger, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 271-272 [traducere în limba română: *Procedura trimiterii preliminare la Curtea Europeană de Justiție*, cit. supra, p. 257; n.t.].

5. Comentarii suplimentare

Vom adăuga, în cele ce urmează, comentarii și generalizări suplimentare în special cu privire la decizia Pfizer; aceste remarci au valabilitate *mutatis mutandis* și pentru decizia omoloagă a Curții Constituționale slovace.

5.1. CCC aplică în primul rând normele constituționale cehe

CCC este chemată să aplice normele constituționale și este suverană și independentă în a pronunța o interpretare obligatorie Cartei cehe care este parte a ordinii constituționale cehe. CCC și-a întemeiat decizia sa pe încălcarea regulilor constituționale cehe, întrucât ele constituie temeiul pentru controlul său de constituționalitate. În acest sens, regulile constituționale cehe susțin executarea obligațiilor întemeiate pe dreptul UE.

Deocamdată, potrivit jurisprudenței CCC, limite pentru aplicarea deplină a dreptului UE sunt încorporate în Constituția cehă⁴⁰. Dreptul UE, indiferent de conținutul său și de interpretarea dată de CEJ prin art. 267 TFUE, nu poate încălca nucleul esențial și drepturile fundamentale pe care se întemeiază Constituția cehă⁴¹; inclusiv pronunțarea unor decizii constituționale privind drepturile omului⁴². Normele constituționale pot constitui o limită pentru aplicarea dreptului UE, iar în cazuri extreme dreptul constituțional ceh, inclusiv Carta cehă, ar putea fi utilizat ca instrument pentru neaplicarea dreptului UE.

5.2. CCC se inspiră din jurisprudența altor instanțe

Prin decizia sa în cauza *Pfizer*, Curtea Constituțională cehă a soluționat o întrebare care aștepta răspuns încă de la data aderării Republicii Cehe la UE. În literatura de specialitate cehă s-a sugerat că CCC ar putea urma atitudinea unor instanțe supreme din alte state membre – în special din Germania și Austria – în aceste țări încălcarea obligației de a sesiza CEJ cu o cauză constituind o încălcare a drepturilor garantate constituțional. A fost evidentă inspirarea în special din modelul german și a fost susținută și de referirile exprese ale CCC⁴³. Cu toate acestea, s-ar putea imagina o analiză comparativă mai detaliată a CCC, inclusiv a jurisprudenței din alte state membre (în special Austria) sau CCC ar fi trebuit să motiveze de ce a ales să urmeze modelul german. O deficiență asemănătoare poate fi găsită în decizia omoloagă slovacă.

⁴⁰ Mai precis, la art. 1 alin. (1) și art. 9 alin. (2) și (3) din Constituția cehă.

⁴¹ Cf. decizia privind Regulamentul cotelor de zahăr; confirmată în decizia „Lisabona I”.

⁴² Limitele drepturilor omului pentru aplicarea dreptului UE au fost ridicate și în alte cauze, în special în deciziile privind mandatul european de arestare și Tratatul de la Lisabona. În controlul abstract de constituționalitate, CCC nu a identificat vreo încălcare a drepturilor omului garantate prin Carta cehă; ea nu exclude totuși o astfel de decizie pentru viitor, în special în legătură cu plângeri individuale de încălcare a drepturilor fundamentale care pot fi adresate CCC de justițiabili particulari în cazul în care ei nu sunt satisfăcuți de decizia instanțelor de drept comun. Pentru detalii a se vedea V. Stehlík, *Lidská práva jako limit aplikace práva EU v judikatuře Ústavního soudu ČR (Drepturile omului ca limită pentru aplicarea dreptului UE în jurisprudența Curții Constituționale cehe)*, lucrare la conferința – *Dies Iura Tyrnaviensis*, Facultatea de Drept, Trnava (Slovacia), 2010.

⁴³ În practică, influența Curții Constituționale Federale germane și a jurisprudenței sale este comună și altor decizii ale CCC. Astfel ar putea fi presupusă și referința în cauza *Pfizer*.

5.3. CCC se referă la reguli UE și la jurisprudența CEJ

În același timp, atunci când formulează dreptul constituțional la o instanță constituită prin lege, CCC se referă la interpretarea dată de CEJ. Ea nu se referă doar la aceasta, ci o ia în considerare ca bază de analiză și cere altor instanțe cehe să procedeze la fel și să o utilizeze în mod adecvat. Analiza CCC nu este doar o referință formală la jurisprudența CEJ, ci ea face o examinare aprofundată a aplicării sale în speță.

În cauze individuale va depinde mult de activitatea părților în procedură și de capacitatea lor de argumentare a cauzei utilizând dreptul UE. Aceasta este situația în proceduri atât în fața instanțelor inferioare, cât și a celor superioare. Acest fapt a fost reflectat în decizia CCC, ea acceptând că CAS a ignorat referirea reclamantei la jurisprudența Curții Supreme suedeze. În sens formal, în aplicarea criteriilor *CILFIT*, revine instanței naționale care soluționează cauza să realizeze o investigație privind jurisprudența altor state membre. În realitate și ținând cont de capacitatea instanțelor, „cercetarea” realizată de apărătorii părților va fi totuși semnificativă – în special în proceduri în fața instanțelor inferioare.

5.4. CCC utilizează interpretarea euro-conformă

Deși CCC acceptă autoritatea CEJ și criteriile formulate în *CILFIT*, ea dă în același timp propria interpretare sensului dreptului la o instanță constituită prin lege cuprins în Carta cehă și de asemenea propriei noțiuni de arbitrar. Regulile UE și ordinea juridică cehă sunt de origine diferită și au obiectiv diferit; ele trebuie să coexiste, întrucât temeiul juridic pentru aplicarea dreptului UE este cuprins în dispozițiile pertinente ale Constituției cehe⁴⁴.

Din cauza *Pfizer* a reieșit că totuși CCC era pregătită să interpreteze drepturile garantate prin Carta cehă în măsura în care era posibil în conformitate cu normele de drept al UE în discuție (astfel interpretate de CEJ). Aceasta poate sluji ca exemplu de interpretare euro-conformă a normelor constituționale cehe – principiu formulat în alte decizii influente în legătură cu aplicarea dreptului UE în ordinea juridică cehă⁴⁵.

5.5. CCC impune utilizarea metodelor de interpretare ale CEJ

CCC impune ca, atunci când aplică dreptul UE, instanțele naționale de ultim grad de jurisdicție să utilizeze metodele de interpretare utilizate de CEJ. Mai mult decât interpretarea gramaticală și urmarea strictă a formulării normei juridice în discuție, CEJ utilizează interpretarea teleologică și sistematică. Drept consecință a principiului, aceste metode de interpretare trebuie utilizate nu doar de Curtea Administrativă Supremă (și de Curtea Supremă), ci de toate instanțele cehe care sunt parte a sistemului ceh de instanțe. Chiar dacă ele pot să nu fie instanțe de ultim grad de jurisdicție având o obligație de a iniția procedura trimiterii preliminare, lor le revine sarcina

⁴⁴ A se vedea art. 10a din Constituție.

⁴⁵ Pentru interpretarea euro-conformă a se vedea în special deciziile privind mandatul european de arestare și „Lisabona I”; pentru un comentariu privind interpretarea euro-conformă a se vedea O. Hamulák, *Právo Evropské unie v judikatuře Ústavního soudu České republiky: reflexe členství a otázek evropského práva v ústavní judikatuře (Dreptul UE în jurisprudența Curții Constituționale cehe: o reflecție privind statutul de membru și aspecte de drept al UE în jurisprudența constituțională a Curții Constituționale cehe)*, Leges, Praga, 2010, pp. 117-128.

de a aplica dreptul UE în întregime și în mod corect, iar în caz de neîndeplinire [a obligației] ele se pot aștepta ca decizia lor să fie anulată de către instanța de apel⁴⁶.

Întrebarea este cât de mult în practica sa viitoare CCC va impune o respectare a exclusivității CEJ în interpretarea dreptului UE și cât de amănunțit va controla dacă instanțele cehe au interpretat dreptul UE prin încălcarea interpretării teleologice și sistematice. Cauza *Pfizer* nu ajută decât parțial, iar evoluția ulterioară rămâne deschisă. A fost evident că argumentele părții s-au întemeiat pe faptul că exista o incoerență aparentă a jurisprudenței instanțelor supreme în Europa. CCC a putut califica, în acest sens, omisiunea CAS ca flagrantă și predictibilă.

5.6. CCC cere o utilizare mai frecventă a art. 267 TFUE

CCC a criticat faptul că instanțele cehe ezită în a iniția procedura trimiterii preliminare. Procedurile în temeiul art. 267 TFUE inițiate până în prezent nu au privit în primul rând instanțe de ultim grad de jurisdicție care ar fi fost obligate să adreseze întrebări. Între 2004-2008, adică înainte de decizia *Pfizer*, fuseseră inițiate doar șapte proceduri ale trimiterii preliminare: una în 2005, trei în 2006, două în 2007 și una în 2008. Doar cea din urmă provine de la Curtea Administrativă Supremă⁴⁷ și nicio întrebare nu a fost ridicată de Curtea Supremă. Ar putea fi variate motive pentru această ezitare; unul dintre acestea poate fi durata procedurii în fața CEJ⁴⁸ și presiunea asupra judecătorilor naționali de a soluționa și închide cauze; cel din urmă argument ar putea reflecta lipsa de „domesticire” a UE în ordinea juridică ceahă sau pur și simplu faptul că înainte de a ajunge la Curtea Supremă, cauza trebuie să parcurgă întreaga ierarhie judiciară și, în consecință, instanțele inferioare au o șansă mai bună de a iniția procedura art. 267 TFUE⁴⁹.

Acestea fiind spuse, decizia CCC a deschis ușa unei aplicări mai frecvente a procedurii în temeiul art. 267 TFUE în ordinea juridică ceahă. În mod curios, CAS a inițiat mai multe cauze ulterior deciziei CCC în cauza *Pfizer*⁵⁰.

⁴⁶ Aceasta poate conduce instanțele naționale la concluzia că ele ar trebui să inițieze procedura [trimiterii preliminare] mai curând decât să intre într-o zonă „necunoscută” a dreptului UE prin intermediul propriei interpretări „neautorizate”.

⁴⁷ Cauza C-233/08, *Milan Kyrián/Celní úřad*, decisă la 14 ianuarie 2010, JO C 63, 13 martie 2010, p. 6.

⁴⁸ Durata medie a procedurilor în 2007 a fost de 19,3 luni, în 2008 de 16,8 luni, în 2009 de 17,1 luni; pentru detalii a se vedea http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/; pentru comentarii suplimentare, a se vedea M. Bobek, *Learning to Talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice*, în CML Rev, nr. 45, 2008, p. 1642 [traducere în română: *Învățând a conversa: trimiteri preliminare, instanțele noilor state membre și Curtea de Justiție*, în R.R.D.C. nr. 2/2010, 15-41; n.t.].

⁴⁹ Pentru discutarea variilor factori care influențează instanțele naționale în decizia lor de a sesiza sau nu CEJ cu o cauză, a se vedea, de exemplu, M. Broberg și N. Fenger, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2010, p. 41 și urm. [traducere în limba română: *Procedura trimiterii preliminare la Curtea Europeană de Justiție*, cit. supra, p. 39 și urm.; n.t.].

⁵⁰ În 2009, CAS a inițiat aceste proceduri: C-299/09, *DAR Duale Abfallwirtschaft und Verwertung Ruhrgebiet GmbH/Ministerstvo životního prostředí*; C-339/09, *Skoma-Lux sro/Celní ředitelství Olomouc*; C-393/09 *Bezpečnostní softwarová Asociace*; C-399/09, *Landtova/Česká správa sociální zabezpečení*. Încă nu există cauze inițiate de Curtea Supremă ceahă în 2009 și în 2010.

5.7. CCC ca instanță judecătorească în sensul art. 267 TFUE?

Deși CCC se detașează de sistemul instanțelor de drept comun, întrebarea este dacă CCC poate iniția ea însăși procedura trimiterii preliminare și dacă ea ar putea fi în mod potențial o instanță de ultim grad de jurisdicție având o obligație în temeiul art. 267 al treilea paragraf TFUE. Situația variază în ordinele juridice cu tribunale speciale care tratează controlul constituționalității. Curtea Constituțională Federală germană a acceptat competența sa de a iniția proceduri, însă nu a utilizat-o niciodată⁵¹; pe de altă parte, *Verfassungsgerichtshof* austriacă nu a identificat vreun obstacol *a priori* pentru a utiliza procedura de la art. 267 TFUE⁵². O situație particulară este în Italia unde *Corte Costituzionale* a fost inițial ezitantă în a accepta competența sa de a utiliza procedura de la art. 267 TFUE⁵³; ea a inițiat totuși prima procedură de trimitere preliminară în 2008⁵⁴. Destul de multe cauze au fost inițiate de *Cour constitutionnelle* belgiană; doar o cauză provine de la *Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas* lituaniană, și nicio cauză de la curțile constituționale central europene ale Poloniei, Slovaciei⁵⁵ ori Ungariei⁵⁶.

Din contră, par a nu fi probleme în ordinele juridice în care controlul de constituționalitate este realizat de instanțe care sunt parte a sistemului de instanțe de drept comun. Astfel, de exemplu, în Irlanda și Danemarca, decizia constituțională se adoptă de instanțe supreme. Acest fapt poate avea relevanță și în aprecierea dacă aceste instanțe care exercită controlul constituționalității sunt ele însele instanțe obligate să inițieze procedura trimiterii preliminare⁵⁷.

CCC a tratat chestiunea în cauza privind „Regulamentul cotelor de zahăr”; întrucât răspunsul la această problemă nu a fost totuși crucial pentru decizia sa, ea a refuzat să se pronunțe asupra ei și a amânat decizia; până în prezent, nu a fost adoptată o decizie definitivă⁵⁸.

⁵¹ Pentru mai multe detalii, a se vedea M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford 2006, p. 445.

⁵² Până la sfârșitul anului 2009, *Vervassungsgerichtshof* austriacă a inițiat patru cauze.

⁵³ Pentru mai multe detalii, a se vedea M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford 2006, pp. 439-440.

⁵⁴ Această competență se aplica probabil în cauze limitate; pentru detalii a se vedea, de exemplu, M. Cartabia, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, în *European Constitutional Law Review*, no. 5, 2009, p. 24.

⁵⁵ Deși Curtea Constituțională slovacă se consideră instanță judecătorească în sensul art. 267 al treilea paragraf TFUE; cf. III. ÚS 207/09-31, decizia din 28 iunie 2009. Pentru statistici pe țări, a se vedea http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032

⁵⁶ Pentru o examinare a abordării instanțelor constituționale, a se vedea, de exemplu, expunerea prezentată de președintele CEJ Vassilios Skouris la simpozionul *Douăzeci de ani de Curte Constituțională în Ungaria – V. Skouris, The relationship of the European Court of Justice with the national constitutional courts*, la adresa: http://www.mkab.hu/index.php?id=vassilios_skouris_az_europai_unio_birosaganak_elnoke

⁵⁷ Pentru detalii a se vedea M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford 2006, p. 436 și urm..

⁵⁸ Cf. partea VI A-1 din decizia privind Regulamentul cotelor de zahăr. Pentru o analiză suplimentară: J. Komárek, *European Constitutionalism and European Arrest Warrant: in search of the limits of "contrapunctual principles"*, în *CML Rev* 44, 2007, p. 27; J. Zemánek, *The Emerging Czech Constitutional Doctrine of European Law*, în *European Constitutional Law Review*, 3: 418-435, 2007, p. 427; mai recent, O. Hamulák, *Právo Evropské unie v judikatuře Ústavního soudu České republiky: reflexe členství a otázek evropského práva v ústavní judikatuře (Dreptul UE în jurisprudența Curții Constituționale cehe: o reflecție privind statutul de membru și aspecte de drept al UE în jurisprudența constituțională a Curții Constituționale cehe)*, Leges, Praga, 2010, pp. 164-172.

6. Concluzie

Obiectivul articolului a fost să prezinte jurisprudența recentă a Curții Constituționale cehe în legătură cu obligația în temeiul art. 267 al treilea paragraf TFUE și să o încadreze într-un discurs constituțional mai extins privind aplicarea dreptului UE în ordinea juridică cehă, cu referire comparativă la evoluții din alte state membre. Toate remarcile fiind deja făcute, putem sublinia că principalul scop al procedurii trimiterii preliminare – aplicarea uniformă a dreptului UE în toate statele membre – nu este *raison d'être* exclusiv și autonom al acestei proceduri. Scopul său indispensabil este de a facilita executarea drepturilor și obligațiilor particularilor care se întemeiază pe dreptul UE. Din această perspectivă, presupunem că decizia Curții Constituționale cehe susține aplicarea adecvată a dreptului UE în Republica Cehă și, prin punerea în aplicare a utilizării corecte a acestei proceduri, ajută la îndeplinirea acestui obiectiv fundamental.

Constitutional Developments since the Lisbon Treaty in the Area of Freedom, Security and Justice at Supranational Level and National Level

Alfred KELLERMANN*

Abstract

In order to evaluate the constitutional developments of the Area of freedom, security and justice ('AFSJ') of The Lisbon Treaty, we will start with a tour d'horizon on the new provisions in the field of AFSJ. Afterwards we will discuss their impact on the supranational and national constitutional legal orders and the differences with the Treaty of Nice. We will further review some European Court of Justice cases interpreting the old Third Pillar instruments and compare it with the new Lisbon challenges.

Keywords: EU constitutional law; national constitutional law; Lisbon Treaty; Area of freedom, security and justice; European Court of Justice

1. Introduction to the new AFSJ provisions of the Lisbon Treaty

The Lisbon Treaty has brought all provisions concerning the Area of freedom, security and justice ('AFSJ') within the normal Treaty structure. As a consequence, the jurisdiction of the European Court of Justice ('ECJ') extends to all EU law including AFSJ. The preliminary rulings procedure has been adapted to the needs of AFSJ (Articles 267 and 276 TFEU) with exceptions for reviewing police and other law-enforcement services and safeguarding internal security. For criminal cases an urgent preliminary procedure was introduced.

The Lisbon Treaty made significant changes to the EU's architecture by removing the Third Pillar and replacing it by AFSJ, which means that the European Community rules apply to the AFSJ as well. We consider this as the „communitarisation“ of the AFSJ. The consequence from this will be more transparency, more efficiency and more similarity with the legal effect (primacy, direct effect) of the rule of law in the internal market.

The provisions of the AFSJ are included in Articles 67-89 TFEU (Treaty on the Functioning of the EU) in the following 5 Chapters:

* The Hague, August 8, 2011.

Chapter 1 General Provisions;
Chapter 2 Policies on border checks, asylum and immigration;
Chapter 3 Judicial cooperation in Civil matters;
Chapter 4 Judicial cooperation in Criminal matters; and
Chapter 5 Police cooperation areas.

The EU's objectives as contained in Article 3 TEU (Treaty on European Union) of the Lisbon Treaty are renewed and hold the following provisions:

„2. The Union shall offer its citizens an area of freedom, security and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured in conjunction with appropriate measures with respect to external border controls, asylum, immigration and the prevention and combating of crime.

3. The Union shall establish an internal market. [...]”.

In Article 3 TEU the AFSJ has „moved up” the list, and is now placed before the internal market. This shows the interest and importance this area has attracted.

The AFSJ is further deemed to be an area, like the internal market, that falls within shared competence. However in Article 2(2) TFEU: „Shared competence between the Union and the Member States” the internal market (a) is higher on the list than the area of freedom, security and justice (j).

Why is in areas of power sharing the AFSJ placed behind the internal market? Is power sharing for the AFSJ less important? The answer might be that the Union powers are limited and not always clear as regards the many opt outs and opt ins. The exact powers are not always easy to find as there are many treaties on judicial cooperation which are also outdated. The nature of power sharing in the internal market as well as in AFSJ between the EU and the Member States can only be determined by looking to the detailed provisions, and the judicial interpretation thereof.

Member States will only lose their competence within the regime of shared power to the extent that the Union has exercised „its” competence. Competences which are not transferred to the EU still remain with the Member States. Perhaps in AFSJ the Member States fear to lose their competences, more than in the internal market.

The magnitude of AFSJ powers at supranational level will therefore be dependant on the way the Member States have exercised their national competences in the area of freedom, security and justice.

2. The legal acts of the AFSJ

The general regime of legal acts specified in the Articles 288-294 TFEU of the Lisbon Treaty applies to measures adopted in the AFSJ. The institutions can now adopt as legal acts: regulations, directives and decisions. These acts are replacing the acts under Article 34 EU of the Treaty of Nice (common positions, framework decisions, decisions, conventions). The framework decision is the equivalent of the Lisbon directive, however in Article 34 EU is stated that they will not have direct effect¹.

On the contrary in the Lisbon Treaty a legislative, delegated or implementing Directive dealing with AFSJ can have direct effect, provided that it satisfies the criteria for this doctrine.

In this area clashes between the Union acts and national constitutional provisions may be expected. The question may rise if there is a difference of the constitutional effect of legal acts dealing with the AFSJ or with matters of the internal market. Do they have similarly priority or primacy on the national legal order (constitution and laws)?

3. The principle objectives of the AFSJ

Article 67 TFEU is the main provision for the AFSJ in the Lisbon Treaty:

„1) The Union shall constitute an area of freedom, security and justice with respect for fundamental rights and the different legal systems and traditions.

2) Absence of border internal controls and a common policy on asylum, immigration and external border control.

3) Prevent and combat crime, racism and xenophobia through police and judicial cooperation and through mutual recognition of judgments in criminal matters and through approximation of criminal laws.

4) The Union shall facilitate access to justice, in particular through the principle of mutual recognition of judicial and extrajudicial decisions in civil matters.”

These provisions are replacing Article 61 EC and ex Article 29 TEU from the Third Pillar which initiated many Framework Decisions and other measures that are interpreted in several judgments of the European Court of Justice, before the entry into force of the Treaty of Lisbon.

¹ J.W. de Zwaan/A.J. Bultena, *Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Rechtvaardigheid*, published by SDU 2002, p. 78; Jaap W. de Zwaan, Flora Goudappel, *Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme 2004*, Cambridge University Press; Paul Craig, *The Lisbon Treaty, Law, Politics and Treaty Reform*, Chapter 9 – Freedom, Security and Justice, Oxford University Press, 2010, p. 340.

In the following we selected some of the judgments, in which the implementation of these objectives has been discussed and comment on the differences with the Lisbon Treaty.

4. Protection of fundamental rights limiting the effect of UN, EU and National decisions on preventing and combating terrorism

In its Judgment of 3 September 2008 on economic sanctions on individuals pursuant to a UN Resolution, the European Court of Justice² has made it clear that in all circumstances the fundamental rights of EU citizens must be respected when adopting measures in the EU, including the rights of fair trial and regardless of international obligations. The ECJ overruled the judgments of the Court of First Instance (CFI) in the Cases *Kadi* and *Yusuf* and annulled Council Regulation 881/2002, which had imposed restrictive measures against persons and entities associated with Osama bin Laden, the Al-Qaeda network, and the Taliban, because it found a breach of fundamental rights of the European Union.

The Court annuls the Council Regulation freezing Mr Kadi and Al Barakaat's funds; the rights of the defence, in particular the right to be heard, and the right to effective judicial review of those rights, were not respected. The Court further concludes that the freezing of funds constitutes an unjustified restriction of Mr Kadi's right to property.

This judgment leaves a wide range of interpretations regarding the interplay between international law implementing EU law and conflicting national legislation in the AFSJ.

In this case the acts of the European Union were to be seen as a direct implementation of Security Council Resolution 1267 (1999). Yusuf and Kadi had argued that the contested regulation infringes their fundamental rights, in particular their right to the use of their property and the right to a fair hearing, as guaranteed by Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), inasmuch as that regulation imposes on them heavy sanctions, both civil and criminal, although they had not first been heard or given the opportunity to defend themselves, nor had that act been

² Joined Cases C-402/05 P & C-415/05 P *Kadi & Al Barakaat v Council of the European Union*, 3 C.M.L.R.41 (2008), [2008] ECR I-6351. The Judgment:

1. sets aside the judgments of the Court of First Instance of the European Communities of 21 September 2005 in Case T-315/01 *Kadi v Council and Commission* and Case T-306/01 *Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*;

2. annuls Council Regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaeda network and the Taliban, and repealing Council Regulation (EC) No 467/2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, in so far as it concerns Mr Kadi and the Al Barakaat International Foundation;

3. orders the effects of Regulation No 881/2002 to be maintained, so far as concerns Mr Kadi and the Al Barakaat International Foundation, for a period that may not exceed three months running from the date of delivery of this judgment.

See also P. Craig, G. de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2008, pp. 191 and 290-292.

subjected to any judicial review whatsoever. With more particular regard to the alleged breach of the right to a fair hearing, the applicants stress that they were not told why the sanctions were imposed on them.

Article 75 TFEU of the Lisbon Treaty has been designed in order to address the legal problems that arose in the *Kadi* litigation with the annulment of Council Regulation No. 881/2002 over freezing of assets of natural or legal persons in case of Counter-Terrorist Policies and Fundamental rights and priority of Security Council Decisions. That Article grants the EU the power to adopt restrictive measures against individuals such as freezing of funds, financial assets or economic gains belonging to, or owned or held by natural or legal persons, groups or non-State entities.

By including Article 75 TFEU in the Lisbon Treaty, the *Kadi* Case has a constitutional impact on the supranational legal order.

The *Kadi* Case shows further the impact of the development of the legal effect of decisions and resolutions of international organizations on the EU legal order and as a consequence also on the national legal order.

The developments in the international legal order have also an effect on the interpretation of international treaties in the Netherlands constitution and its priority on Dutch laws. According to the theory of „neo-monism”³, the priority of international decisions in the Netherlands will from now on be limited by the fundamental principles in the Dutch constitutional and legal order, which are identical with the principles of the infringed fundamental rights in the *Kadi* Case. Bogdandy⁴ is referred to as follows:

„There should always be the possibility, at least in liberal democracies, to limit, legally, the effect of a norm or an act under international law within the domestic legal order if it severely conflicts with constitutional principles. This corresponds to the state of development of international law and the sometimes debatable legitimacy of international legal acts [...]” (emphasis added).

Our final comment and conclusion are that for acts (regulations, directives) adopted under Articles 288-294 TFEU in the field of combating terrorism, the direct effect will similarly as in the *Kadi* Case be limited by fundamental rights in the Netherlands legal order, also after the entry into force of the Lisbon Treaty. The Court’s fundamental rights role will also be enhanced as a result of the binding legal status of the Charter of fundamental rights of the European Union, now that it has been adopted with the Lisbon Treaty. Articles 47-49 of the Charter are relevant when considering fundamental rights safeguards in criminal proceedings. An exception is made for Poland and the UK, against whom the Charter cannot be invoked.

³ R.A. Wessel, *The Kadi Case: Towards a More Substantive Hierarchy in International Law?*, in *International Organizations Law Review* 5 (2008) 323-327.

⁴ A. von Bogdandy, *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, Nos 3-4, 397-413, p. 400.

5. Constitutional developments in decision-making

5.1. The role of the National Parliaments

The role of the National Parliaments has been enhanced. For example the provisions of Article 69 TFEU (subsidiarity principle) and Article 70 TFEU (evaluation of Union policies as for example monitoring Europol and Eurojust) are a remarkable constitutional development. In the field of judicial cooperation in civil matters according Article 81(3) TFEU a National Parliament can veto the adoption of a Decision of the Council on issues of family law having cross-border implications.

5.2. Cross-border dimension of the crime

The EU's competence to enact measures concerning criminal law is now specified in Article 83 TFEU: terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organised crime. Cross border dimension of the crime is a requirement. Prior to the Lisbon Treaty doubts as to the EU competence over criminal procedure existed.

5.3. Protection of fundamental aspects of the national criminal justice system

In Paragraphs 3 of Articles 82 TFEU and 83 TFEU there are identical „emergency brakes“: „Where a member of the Council considers that a draft directive as referred to in paragraph 2 would affect *fundamental aspects of its criminal justice system*, it may request that the draft directive be referred to the European Council. In that case the ordinary legislative procedure shall be suspended. The sensitivity of the area led to the invention of the „emergency brake“ (emphasis added).

5.4. Recognition of judgments and approximation of laws in criminal matters

In the field of judicial cooperation in criminal matters [Articles 82(3) TFEU and 83(3) TFEU] it is regulated that judicial cooperation shall be based on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions and shall include the approximation of laws and regulations of the Member States in the referred areas.

The European Parliament and the Council acting in accordance with the ordinary legislative procedure shall adopt the necessary measures.

Since the Tampere Conclusions (1999), the principle of mutual recognition has been seen as the cornerstone of European criminal law. The application of this principle can only be successful if there is mutual trust among Member States in each other's legal systems, which will be more easily achieved if some form of harmonization (of both substantive and procedural criminal law) has taken place. The centrality of mutual recognition is now laid down in the Lisbon Treaty. The application of mutual recognition to the criminal sphere has however not been

unproblematic, as mutual recognition in the criminal sphere cannot be compared with the concept of free movement of goods in the internal market.

In relation to Police cooperation and especially with regard to information exchange the fundamental rights of individuals are threatened in two areas: data protection and legal protection. Fundamental rights concerns in the area of judicial cooperation relate to adopted acts on mutual legal assistance, extradition, execution of sentences etc.

According to the principle of mutual recognition, decisions taken in one Member State are recognized and executed throughout the EU, based on the presumption that all EU Member States have a sufficient system of criminal procedure, including a sufficient level of fundamental rights protection. It is clear that this system presupposes mutual trust. The lack of trust among Member States in each other's legal systems is a bottle neck and impediment to the further application of mutual recognition in the field of judicial cooperation.

6. European Arrest Warrant in the area of judicial cooperation

The Framework Decision on the European Arrest Warrant ('EAW')⁵ is probably the most debated and at the same time most used instrument in the European criminal law, providing for a simplified and fast procedure for the surrender of suspects and convicted persons between Member States. The number of EAWs issued has increased from approximately 3 000 in 2004 to 13 500 in 2008. The EAW is the first legal act to apply mutual recognition in criminal matters.

In the preamble to the Framework Decision on the EAW, reference to respect for human rights has been included in Recital 12. However a (possible) violation of human rights has not been adopted as a ground to refuse the surrender. Another ground for refusal in pre-EAW extradition law is the non-extradition of own nationals. There are many interesting Court Cases on the interpretation of the terms in the EAW. For example on the grounds to refuse cooperation, double criminality requirements, on previous crimes as in *Kozłowski*, *Wolzenburg*, *Advocaten voor de Wereld* and *Leymann*⁶.

In this overview we will only focus on the questions put forward in Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*. In 2005 three Member States Constitutional Courts (Polish, German and Cypriot) reviewed and declared as unconstitutional their national acts implementing the EAW Decision. It became clear that, if national courts want, they can block the practical operation of a third pillar measure. The association „Advocaten voor de Wereld” brought an action before the Belgian Arbitragehof/Cour d'Arbitrage (Court of Arbitration)⁷ seeking the annulment of

⁵ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedure between Member States, OJ L 19/1.

⁶ C-66/08 *Kozłowski* [2008] ECR I-6041; C-123/08 *Wolzenburg* [2009] ECR I-9621; C-388/08 *Leymann* [2008] ECR I-8993; C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* VZW, Judgment of the Court of 3 May 2007, [2007] ECR I-3633.

⁷ Currently the Constitutional Court.

the Belgian Law transposing the provisions of the Framework Decision of the EAW and the surrender procedures between Member States. The Belgian Court referred to the Court of Justice for a preliminary ruling several questions concerning the validity of the Framework Decision.

With respect to the first claim, that the subject matter of the EAW ought to have been regulated by means of a convention and not a framework decision, the Court in its Judgment of 3 May 2007 found that (ex) Article 34 EU does not establish any order of priority between the different instruments listed in that provision (common positions, framework decisions, decisions, conventions), with the result that it cannot be ruled out that the Council may have a choice between several instruments in order to regulate the same subject-matter, subject to the limits imposed by the nature of the instrument selected.

The second question concerned the infringement of the principle of legality of criminal offences and penalties (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and non-discrimination.

Article 2(2) of the EAW Framework Decision contains a list of 32 offences in respect of which the usual condition of double criminality is dispensed with, if those offences were punishable in the issuing State by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least three years.

The Court recalled the principle of the legality of criminal offences and penalties which principle implies that legislation must define clearly offences and the penalties which they attract. That condition is met in the case where the charged individual is in a position on the basis of the wording of the relevant provision and with the help of the interpretative assistance given by the courts, to know which acts or omission will make him criminally liable.

Finally the Court in its Judgment of 3 May 2007 found no factor capable of affecting the validity of the Framework Decision on the EAW.

Interesting are the observations of the Advocate General Colomer in this Case:

„79. Accordingly, the Court must break its silence and recognise the authority of the Charter of Fundamental Rights as an interpretative tool at the forefront of the protection of the fundamental rights which are part of the heritage of the Member States. That undertaking must be approached with caution and vigour alike, in the full belief that, while the protection of fundamental rights is an essential part of the Community pillar, it is equally indispensable in the context of the third pillar, which, owing to the nature of its subject-matter, is capable of affecting the very heart of individual freedom, the foundation of the other freedoms.

80. In that way it might be possible to avoid repeating past misunderstandings with national courts which have been reticent about the capacity of the Community Institutions to protect fundamental rights. [...]"

These observations are more or less implemented since the entry into force of Article 6(1) of the TEU of Lisbon Treaty: The Charter of Fundamental Rights shall have the same value as

the Treaties. National standards of review can now safely be replaced by European standards, and this protection is not less than the one offered by national constitutions.

7. *Pupino* and the obligation of consistent interpretation

In 2001 the EU has introduced the Framework Decision on the standing of victims in criminal proceedings⁸. Under Article 8 of the Framework Decision Member States were required to ensure that where there was a need to protect victims – particularly those most vulnerable – from the effects of giving evidence in open court, victims may, by decision taken by the court, be entitled to testify in a manner which will, enable this objective to be achieved, by any appropriate means compatible with its basic legal principles.

The question arose before a Italian court whether the special inquiry procedure reserved for sexual offences should also be extended to cases of children victims as a result of the principle of indirect effect of Third Pillar measures. Such interpretation could be required by the obligation to interpret national law consistently with the framework decision.

In the *Pupino* Case⁹ the ECJ held that the obligation of „consistent interpretation” existed in the context of the Third Pillar. The ECJ stated that this Decision could not have direct effect. However it did not preclude indirect effect.

Maria Pupino was a nursery school teacher. She was accused of inflicting injuries on pupils that were less than five years old. The prosecutor in the case asked the Italian court to make use of a special inquiry procedure, by which the children witnesses could be examined in more children-friendly conditions. According to Italian law this was not possible. However it became possible, thanks to the interpretation of the respective Framework Decision, as the ECJ did in the *Pupino* Case.

This constitutional phenomenon of „conforming interpretation” is the result of the *Pupino* Decision and it opened up EU law for further questions like the question if EU law can be supreme¹⁰. Some commentators contended that the Third Pillar was less intergovernmental than was commonly thought.

The ECJ considered further that the principle of „conforming interpretation” was more or less based on the principle of loyal cooperation and therefore also applicable to the area of police and judicial cooperation in criminal matters.

⁸ Council Framework Decision 2001/220/JHA of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings, OJ 2001 L 82/1.

⁹ C-105/03 *Criminal Proceedings against Maria Pupino* [2005] ECR I-5285.

¹⁰ K. Lenaerts and T. Corthaut, *Of Birds and Hedges: the Role of Primacy in invoking Norms of EU Law* (2006) 31 EL Rev 287; J.H. Reestman and F.A.N.J. Goudappel, in *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Editors R.H.van Ooik and R.A. Wessel, Hoofdstuk 14 *Het Verdrag van Lissabon en de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht*, p. 175.

The application in the Third Pillar of loyal cooperation (based on Article 10 EC) was disputed by some intervening parties. Since (ex) Article 10 EC was more or less replaced by Article. 4(3) EU of the Lisbon Treaty this will after Lisbon not be anymore a dispute. Further would after Lisbon an identical Court Judgment be expected as stating that the „Directive” replacing the Framework Decision could have direct effect, without the need to refer to „consistent interpretation” or „indirect effect”.

8. Summary conclusions

In this contribution a short analysis of the Lisbon articles and some ECJ cases has been given. The cases deal with the interpretation of Framework Decisions of the old Third Pillar and their impact on the area of freedom, security and justice on the national legal order. In these ECJ judgments delivered before the entry into force of the Lisbon Treaty the protection of human rights and its principles were already included. However one of the most important new constitutional developments of the Lisbon Treaty for our topic is the entry into force of Article 6 (1) TEU, which holds that the Charter of fundamental rights shall have the same legal value as the Treaties. As a consequence many ECJ Decisions are more or less outdated since Lisbon as the need that was put forward in the ECJ Decisions for more protection of human rights in the areas of police and judicial cooperation and direct effect of Framework Decisions are now unnecessary since reference to the articles of the Charter will now be preferred.

The introduction of more human rights protection by the European Court of Justice is expected, taking into consideration the planned accession of the EU to the European Convention on Human Rights and the binding legal status of the Charter adopted with the Lisbon Treaty. In the referred and discussed pre-Lisbon ECJ cases and Opinion of Advocate General the need for protection of human rights and for the Charter of Fundamental Rights has been explicitly mentioned. Guaranteeing equal human and fundamental rights protection at EU level will enhance mutual trust among Member States.

Another important constitutional development on the impact of AFSJ on the national legal order is the new Lisbon provisions from Article 288-294 TFEU on the regulations, directives and decisions. They will have more direct effect and applicability than the respective measures as common positions, framework decisions, decisions and conventions from Article 34 of the EU Treaty of Nice. Article 34 has held namely that framework decisions and other decisions would have no direct effect. As in the Lisbon Treaty direct effect is not excluded, this is an important constitutional change.

The Acts of Article 288 TFEU can be therefore more effective, since they can have supremacy and direct effect.

The third constitutional development concerns the fact that the Lisbon Treaty has brought all provisions concerning AFSJ within the „normal” „Community” Treaty structure.

As a consequence the jurisdiction of the ECJ extends to all EU acts. The Lisbon Treaty made a major change in regard to the limits of the preliminary rulings procedure and legality review in the area of the AFSJ. They will mostly be equally treated as the other subject matters falling within Article 267 TFEU, with exceptions in the area of police and judicial cooperation in criminal matters.

A fourth constitutional development is that the National Parliaments have within decision-making of AFSJ a more important role than before Lisbon, compared also with their role in the decision-making in the internal market.

The introduction of supremacy in the First Pillar was necessary for ensuring uniformity of application of EC law as a condition for the establishment of the internal market with free movement of goods, services and capital. It is admitted that the same rationale does not apply in the Third Pillar for the free movement of persons¹¹. Does this mean as the citation of K. Lenaerts suggests that all national law conflicting with Third Pillar EU law has to be simply set aside? Does it mean that Third Pillar EU law is capable of overriding national Constitutions? A partial judicial answer to these questions were given in the Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*. National standards of review may be replaced by European standards. The centrality of mutual recognition is now laid down in the Lisbon Treaty. However the lack of mutual trust and lack of procedural safeguards at EU level are weak aspects that impact negatively on the further enhancement of police and judicial cooperation within the EU. Also the sensitivity of the area is an obstacle for transferring more national powers to the European Union.

¹¹ S. Prechal, *Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, in C. Barnard, *The Fundamentals of EU Law Revisited* (Oxford University Press 2007), 35, 41.

Liability of the European Union for Acts of Its Institutions

Bucura Cătălina MIHĂESCU*

Abstract

The following article will assess the real extent of the potential liability of the European Union. It will firstly focus on the recognition and the development by the EU Courts of the conditions which must be fulfilled in order for the EU to incur liability for the acts of its institutions. It will be emphasised in this regard that, as the EU Courts' case-law currently stand, the criteria for Union liability can differ, depending on a number of variables including whether the contested acts of its institutions are lawful or unlawful, whether the issue concerns an administrative or a legislative misconduct and finally depending on the degree of discretion that the institutions enjoy. It will thus be pointed out that the Union liability is supposed to be incurred not only for illegal acts of its institutions, but also for their valid legal acts. It will be emphasised that the issue of Union liability for its Courts' decisions has also been stressed in the case-law. Two further hypotheses of Union liability will be dealt, namely Union liability for acts of its civil servants in the performance of their duties and the liability of the Union for damage caused to EU officials.

Keywords: EU liability; non-contractual liability; contractual liability; conditions of liability; EU Courts case-law

1. Introduction

Article 340 of the Treaty on the functioning of the European Union (hereinafter referred to as the „TFEU Treaty”) states that:

„The contractual liability of the Union shall be governed by the law applicable to the contract in question.

In the case of non-contractual liability, the Union shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties.

Notwithstanding the second paragraph, the European Central Bank shall, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States, make good any damage caused by it or by its servants in the performance of their duties.

* Assistant in the Cabinet of Mr. Yves Bot – First Advocate General at the Court of Justice of the European Union, and PhD student at Luxembourg University. All opinions expressed in this article are personal to the author.

¹ From December 1st, 2009, date of entry into force of the Lisbon Treaty, the “Treaty establishing the European Community” was replaced by the “Treaty on the Functioning of the European Union”.

The personal liability of its servants towards the Union shall be governed by the provisions laid down in their Staff Regulations or in the Conditions of Employment applicable to them”.

Reference to the non-contractual liability of the European Union (hereinafter referred to as the „EU” or the „Union”) also appears in article 41(3) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the following terms:

„Every person has the right to have the Union make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States”.

The formulation of the latter article implies that the right to compensation became a „subjective right” accorded to individuals, whereas article 340 TFEU merely confers an obligation on the European Union to make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties.

Such a wide interpretation might be considered surprising as it is well-established that the European Union’s Courts (hereinafter referred to as the „EU Courts”) have developed a limited interpretation of the EU’s non-contractual liability, the action for damages in the EU legal order being of a restrictive nature.

The following study will look to provide an answer to the question of the real extent of the EU’s potential liability. In so doing, the present article will firstly focus on the recognition and the development by the EU Courts of the conditions which must be fulfilled in order for the EU to incur liability for the acts of its institutions (3). It will be emphasised in this regard that, as the EU Courts’ case-law currently stand, the criteria for Union liability can differ, depending on a number of variables including whether the contested acts of its institutions are lawful or unlawful, whether the issue concerns an administrative or a legislative misconduct and finally depending on the degree of discretion that the institutions enjoy. It will thus be pointed out that the Union liability is supposed to be incurred not only for illegal acts of its institutions (3.1), but also for their valid legal acts (3.2). It will be emphasised that the issue of Union liability for its Courts’ decisions has also been stressed in the case-law (3.3).

For the purpose of this article, two other hypotheses of Union liability will be dealt with besides the latter’s liability for acts of its institutions, namely Union liability for acts of its civil servants in the performance of their duties (4) and the liability of the Union for damage caused to EU officials (5).

2. Origins and early development of the Union (Community²) liability

If the EU Courts have developed the doctrine of „State liability” in the EU legal order, the liability of the Union for acts of its institutions or servants in the performance of their duties existed long before that. The European Coal and Steel Community (ECSC) Treaty³ already contained dispositions with regard to the liability of the latter, namely Articles 34 and 40 which implied *inter alia* that „fault” was a necessary element of liability⁴, a condition from which the EU Court has nevertheless tried to depart within its case-law⁵.

The Treaties establishing the EAEC and the EEC also enshrined provisions governing the liability of the two Communities that they created⁶. In spite of the differences⁷ which characterized the three Communities, it is considered that the jurisprudential regime of liability is based on common principles in the three of them⁸.

The European Community (EC) Treaty also contained provisions governing the liability issue, namely Articles 235 and 288 that the EU Courts have interpreted in a very creative way. The majority of the existing case-law regarding the Union liability issue had been developed under these two provisions.

As stated above, the EU Courts’ case-law suggest that the criteria for Union liability can differ, depending on a number of variables including *inter alia* whether the issue is about an administrative or a legislative misconduct. This criterion seems to have been the main criterion applied in the early case-law.

² Before the entry into force of the Lisbon Treaty, the European Community and not the Union itself had legal personality (see Article 47 TEU, ex Article 281 EC Treaty); as such, the former incurred liability for acts of its institution and servants in the performance of their duties. Nevertheless, for the purpose of coherency, reference will be made, within the present article, to the “Union” and not the “Community” liability when dealing with all pre and post-Lisbon acts.

³ ECSC Treaty expired on July 23, 2002.

⁴ Article 34(1) ECSC Treaty stated that: “[...] In case a decision or recommendation is adjudged by the Court to involve a *fault* for which the Community is liable, and causes a direct and particular injury to an enterprise or a group of enterprises, the High Authority must take such measures, within the powers granted to it by the present Treaty, as will assure an equitable redress for the injury resulting directly from the decision or recommendation which has been annulled, and, to the extent necessary, must grant a reasonable indemnity”.

⁵ See for instance Case C-220/91 P, *Stahlwerke Peine-Salzgitter AG v Commission*, judgement of May 18, 1993, [1993] ECR I-2393, paragraphs 27 to 30 where the Court pointed out the similarities between the conditions for establishing liability laid down by the ECSC and EEC Treaties, suggesting thus that it was appropriate to interpret the concept of ‘fault’ of such a nature as to render the Community liable within the meaning of article 34 ECSC Treaty in the light of criteria laid down by the Court in its case-law relating to article 215(2) of the EEC Treaty; the Court concluded in paragraph 51 that fault in the nature of arbitrariness was not required to establish liability.

⁶ See Article 188 of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community and Articles 178 and 215 of the European Economic Community Treaty.

⁷ The type of loss most likely to arise in the event of a nuclear incident is physical damage, or damage to environment, whereas the case-law on the two other Communities has been confined to questions of economic loss.

⁸ Denys Simon suggested that: « Le regime jurisprudential de la responsabilité repose sur des principes communs dans les trois Communautés », “Le système juridique communautaire”, PUF, 3rd edition, 2001, p. 579 ; see also the General Court’s reasoning in the Case C-220/91 P, *Stahlwerke Peine-Salzgitter AG v Commission*, *supra* note 5.

A step forward was made by the Court of Justice in the *Bergaderm* judgement⁹ when it abandoned the distinction between administrative and legislative measures, in order to focus mainly on the degree of discretion that the institutions enjoy¹⁰.

It must be recalled that prior to *Bergaderm*, a distinction was drawn between liability for administrative acts and liability for legislative acts, the former being defined as those of an individualized nature¹¹, whereas the latter were defined as being of general application. In the context of administrative action, any infringement of law was considered to constitute illegality which could give rise to liability on the part of the Union¹², whereas in the case of a legislative measure, stricter conditions applied. According to the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as the „CJEU” or the „Court of Justice”), the conditions of liability had to be more stringent in the case of legislative action, in order to prevent the legislature from being unduly hindered in its decision-making by the threat of damages claims¹³. In this sense, in the *Schoppensted* judgement¹⁴, the Court of Justice stated that where legislative action involving measures of economic policy was concerned, the Union did not incur liability unless a „sufficiently flagrant violation of a superior rule of law for the protection of the individual has occurred”.

The Court held, in the paragraph 40 of its judgement in *Bergaderm* that: „The system of rules which the Court has worked out with regard to that provision takes into account, *inter alia*, the complexity of the situations to be regulated, difficulties in the application or interpretation of the texts and, more particularly, the margin of discretion available to the author of the act in question”. It further stated that „the general or individual nature of a measure taken by an institution is not a decisive criterion for identifying the limits of the discretion enjoyed by the institution in question”¹⁵.

Accordingly, what mattered post-*Bergaderm* to determining the standard of liability, were questions of complexity and of the degree of discretion enjoyed by the institution and not the legislative or administrative nature of the decision; moreover, the nature of the act being administrative or legislative was no longer a determining factor in the existence of discretion; therefore, discretion may be found to exist equally in general or individual acts. Consequently, the key criterion governing the Union liability issue was whether there was manifest and grave disregard of the limits of the institution’s discretion¹⁶.

⁹ Case C-352/98 P *Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm v Commission*, judgement delivered on July 4, 2000, [2000] ECR I-5291.

¹⁰ This case-law is also important from another point of view, namely in that it brought into line the liability of Member States and the Communities; paragraph 41 of the *Bergaderm* judgement, see *supra* 9.

¹¹ Case T-390/94 *Schröder and Thamann v Commission*, judgement delivered on April 15, 1997, [1997] ECR II-501.

¹² Case T-390/94 *Schröder v Commission*, judgement delivered on April 15, 1997.

¹³ In Joined Cases 83 and 94/76, 4, 15 and 40/77 *Bayerische HNL v Council and Commission*, judgement delivered on May 25, 1978, [1978] ECR 1209 – the Court stated that: “The legislative authority, even where the validity of its measures is subject to judicial review, cannot always be hindered in making its decisions by the prospect of applications for damages whenever it has occasion to adopt legislative measures in the public interest which may adversely affect the interests of individuals”.

¹⁴ Case 5/71 *Zuckerfabrik Schoppenstedt v Council*, judgement delivered on December 2, 1971, [1971] ECR 975.

¹⁵ Paragraph 46 of the *Bergaderm* judgement, C-352/98 P, see *supra* 9.

¹⁶ Paragraph 43 of the *Bergaderm* judgement, C-352/98 P, see *supra* 9.

3. The conditions which have to be fulfilled in order for the Union to incur non-contractual liability for the acts of its institutions

As stated above the conditions to be fulfilled in order for the Union's non-contractual liability to be triggered have been developed in the EU Courts case-law. In the following section, it will be emphasised that these conditions differ depending on whether the contested act is legal, illegal or whether it is the consequence of the EU Courts' decisions.

3.1. The conditions which have to be fulfilled in order for the Union to incur non-contractual liability for the „illegal” acts of its institutions

Although several Treaty provisions dealt with the Union's non-contractual liability for acts of its institutions, the lacunae of those Treaties consisted in the fact that there was no reference to how liability was to be triggered, nor was there any indication as to the conditions that had to be fulfilled in order to ground a claim for compensation.

Those conditions, of praetorian origin, have been developed and refined by the EU Courts. Already in 1971, the Court of Justice stated, in the *Lütticke v Commission* judgement¹⁷ that: „By virtue of the second paragraph of Article 215 and the general principles to which this provision refers, the liability of the Community presupposes the existence of a set of circumstances comprising actual damage, a causal link between the damage claimed and the conduct alleged against the institution, and *illegality* of such action”¹⁸ (emphasis added). It was emphasised, at that time, that a pre-condition for the Union to incur liability for acts of its institutions was the illegal nature of the action in issue. (Nevertheless, the EU Courts have not hesitated to go further by making extensive interpretation of that condition, admitting thus that the Union's liability could be triggered even for acts of its institutions which were valid and legal).

It is now settled case-law, with regard to the Union's non-contractual liability for acts of its institutions, that a right to reparation is accorded where three conditions are met, namely: 1) the rule of law infringed must be intended to confer rights on individuals; 2) the breach must be sufficiently serious; 3) there must be a direct causal link between the breach of the obligation resting on the author of the act and the damage sustained by the injured party.

3.1.1. First condition: infringement of a rule of law intended to confer rights on individuals

With regard to this condition, the EU Courts had initially referred to the infringement of a „superior rule of law intended to confer rights on individuals”¹⁹. This condition was sometimes referred to by litigants as the breach of „higher-ranking rules of law for the protection of individuals”²⁰.

¹⁷ Case 4-69 *Alfons Lütticke GmbH v Commission of the European Communities*, judgement of April 28, 1971, [1971] ECR 325.

¹⁸ Paragraph 10 of the judgement in 4-69, see *supra* 17.

¹⁹ Case 5/71, see *supra* 14.

²⁰ Paragraph 55 of *Bergaderm* judgement, C-352/98 P, see *supra* 9.

An indication of what constitutes such a „superior rule of law” was offered by the General Court in its judgement in *Exporteurs in Levende Varkens and Others v Commission*²¹, where it stated that: „The Court finds that all of the following pleas in law relate to a breach of a superior rule of law for the protection of individuals:

- the plea concerning infringement of the principle of proportionality (see, by way of example, the judgments in Joined Cases 63/72 to 69/72 *Werhahn and Others v Council* [1973] ECR 1229, points 14 to 28, particularly point 18, and in *Unifruit Hellas*, cited above, paragraph 42);
- the plea concerning misuse of powers (see, by way of example, the judgments in Case C-119/88 *AERPO and Others v Commission* [1990] ECR I-2189, paragraph 19, and in *Unifruit Hellas*, cited above, paragraph 40);
- the plea concerning infringement of the principle of equal treatment (see, by way of example, the judgments in Joined Cases 64/76 and 113/76, 167/78 and 239/78, 27/79, 28/79 and 45/79 *Dumortier Frères and Others v Council* [1979] ECR 3091, paragraph 11, and in Case T-120/89 *Stahlwerke Peine-Salzgitter v Commission* [1991] ECR II-279, paragraph 92);
- the plea concerning infringement of the principle of the protection of legitimate expectations (see, by way of example, the judgments in *Mulder*, cited above, paragraph 15, and in *Unifruit Hellas*, cited above, paragraph 42);
- the plea concerning breach of the right to be heard (see, in this regard, the judgment in Case C-135/92 *Fiskano v Commission* [1994] ECR I-2885, paragraphs 39 and 40)²².

Besides the general principles of law referred to above, „superior rules of law for the protection of individuals” are also to be found in disparate Treaty provisions and secondary legislation²³.

It is notable that in the *Bergaderm* judgement, the Court of Justice seems to have abandoned the aspect of the first liability condition relating to the fact that the rule of law intended to confer rights on individuals which had been infringed had to be of a „superior nature”. Although the applicants referred to a breach of „higher-ranking rules of law”, namely a breach of the principle of the protection of legitimate expectations and breach of the proportionality principle, the Court merely stated that the infringement at issue was that of „a rule of law intended to confer rights on individuals”²⁴.

3.1.2. Second condition: the breach of the rule has to be sufficiently serious

In the *Schoppensted* judgement²⁵, the Court of Justice stated that where legislative action involving measures of economic policy was concerned, the Union did not incur liability unless a „sufficiently flagrant violation of a superior rule of law for the protection of the individual has occurred” (emphasis added). The Court further stated, in *Bergaderm*, that „[...] the decisive test for finding that a breach of Community law is sufficiently serious is whether the Member State or the Community institution concerned manifestly and gravely disregarded the limits

²¹ Joined cases T-481/93 and T-484/93 *Vereniging van Exporteurs in Levende Varkens and Others and Nederlandse Bond van Waaghouders van Levende Vee and Others v Commission*, judgement of December 13, 1995, [1995] ECR II-2941.

²² Paragraph 102 of the judgement in Joined Cases T-481/93 and T-484/93, see *supra* 21.

²³ See, for instance, Joined Cases 56 to 60-74 *Kurt Kampffmeyer Mühlenvereinigung KG and Others v Commission and Council*, judgement of June 2, 1976, [1976] ECR 711.

²⁴ Paragraph 62 of the judgement C-352/98 P, see *supra* 9.

²⁵ Case C-5/71, see *supra* 14.

on its discretion [...] and „where the Member State or the institution in question has only considerably reduced, or even no, discretion, the mere infringement of Community law may be sufficient to establish the existence of a sufficiently serious breach”²⁶. This latter statement was highlighted for the first time in the *Fresh Marine v Commission* judgement²⁷ where the General Court stated that: „the mere infringement of Community law will be sufficient, in the present case, to lead to the non-contractual liability of the Community [...]. In particular, a finding of an error which, in analogous circumstances, an administrative authority exercising ordinary care and diligence would not have committed will support the conclusion that the conduct of the Community institution was unlawful in such a way as to render the Community liable under Article 215 of the Treaty”²⁸.

An important question to be raised within the post-*Bergaderm* context is under which circumstances the EU Courts will judge the Union’s institutions to have manifestly and gravely disregarded the limits of their discretion.

The interpretation of this condition made by the EU Courts indirectly indicates the restrictive nature of the action for damages itself. For instance, in the *HNL* judgement²⁹, the Court stated that the fact that the Regulation in issue was null and void was insufficient for the Union to incur non-contractual liability, since the institutions concerned had not manifestly and gravely disregarded the limits on the exercise of their powers³⁰.

The only judgement to date where the EU Courts have partially recognised that the Union legislature had „manifestly and gravely disregarded the limits of its discretion”, thereby committing a „sufficiently serious breach of a superior rule of law”, was in *Mulder*³¹, where the legitimate expectations of the applicant were held to have been breached as the result of the invalidity of a scheme, in its initial and revised form, offering incentives to farmers to temporarily halt milk production. It is interesting to note that in this case, the Court first held that the appellants were entitled to damages following from a total refusal of a quota. Nevertheless, when a subsequent regulation was adopted granting the farmers only 60% quota, the Court, while acknowledging that this also violated the legitimate expectations of the farmers, held that the illegality was not sufficiently serious as there was a higher public interest at stake; consequently the Union legislator had not „gravely and manifestly disregarded the limits of its discretionary power”³².

²⁶ Paragraphs 43 and 44 of the *Bergaderm* judgement C-352/98 P, see *supra* 9.

²⁷ Case T-178/98 *Fresh Marine Company SA v Commission*, judgement of October 24, 2000, [2000] ECR II-3331.

²⁸ Paragraph 61 of the judgement T-178/98, see *supra* 27.

²⁹ Joined Cases 83 and 94/76, 4, 15 and 40/77 *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG and Others v Council and Commission*, judgement of May 25, 1978, see *supra* 13.

³⁰ Paragraphs 5-8 of the judgement in Joined Cases 83 and 94/76, 4, 15 and 40/77, see *supra* 13.

³¹ Joined cases C-104/89 and C-37/90 *J. M. Mulder and Others and Otto Heinemann v Council and Commission*, judgement of May 19, 1992, [1992] ECR I-3061; see paragraphs 15 and 16 of the judgement.

³² It is stated in paragraph 3 of the summary of the judgement in Joined Cases C-104/89 and C-37/90 (see *supra* 31) that: “[...] the breach of the principle of the protection of legitimate expectations found to exist cannot be described as being sufficiently serious, since, although the regulation concerned was unlawful in so far as it laid down the 60% rule, it enabled the producers concerned to resume their activities. Consequently, the Community legislator did not fail to take the situation of the producers concerned into account. In addition, by adopting Regulation No 764/89 the Community legislator made an economic-policy choice with regard to the manner in which it was necessary to implement the principles set out in the Court’s judgments in Case 120/86 and Case 170/86. That choice was based,

The case-law referred above provides mere examples of the restrictive application, by the EU Courts, of the liability condition implying „a sufficient serious breach”.

In analysing the latter condition, another aspect should be considered, namely that of the effect that the contested measure would have on the individuals, in other words, the degree of harm suffered by the individuals as a result of the measure. In this regard, the nature of the damage caused is to be analysed. With regard to the latter, the Court sometimes referred to an „actual, significant and definite injury”³³ or to the necessity to show a „direct injury”³⁴, „real damage”³⁵. In other cases the Court required that the damage for which compensation was sought be „actual and certain”³⁶. With regard to the latter, the Court stated that it is the existence of prejudice which must be certain and not the extent of such prejudice³⁷. In *Kampffmeyer v Commission and Council*³⁸, the Court stated that the damage should be „at least imminent and foreseeable with sufficient certainty”. In other case-law, the Court stated that „the damage alleged must go beyond the bounds of the normal economic risks inherent in the activities in the sector concerned”³⁹.

3.1.3. Third condition: direct causal link between the breach of the obligation resting on the author of the act and the damage sustained by the injured party

With regard to this condition, Klaus Bitterich stated in his article on the „Elements of an autonomous concept of causation in European Community law concerning liability” that: „the causality requirement is one of the adjusting screws enabling an appropriate limitation of liability, and in this capacity one would expect that it is of particular importance in the Community law concerning non-contractual liability where fault in the sense of a personal failure to comply with legal standards needs not be present and thus a „subjective” filtering tool is not available”.

This condition has evolved with the jurisprudence of the EU Courts; if in their early case-law, it was necessary for a „direct causal link” to be established, in more recent judgements the EU Courts seem to have adopted a more flexible approach by solely requiring that a „sufficiently

on the one hand, on the overriding necessity of not jeopardizing the fragile stability obtaining in the milk products sector and, on the other, on the need to strike a balance between the interests of the producers concerned and the interests of the other producers subject to the milk quota scheme. In making that choice, the Community legislator took account of a higher public interest, without gravely and manifestly disregarding the limits of its discretionary power in this area”.

³³ Case 23/59 *F.E.R.A.M. v Council*, judgement of December 17, ECR English special edition 245.

³⁴ Case 18/60 *Worms v High Authority*, judgement of July 12, 1962, ECR English special edition 195.

³⁵ Case 4/65 *S.A. Metallurgique Hainaut-Sambre v High Authority*, judgement December 15, 1965, ECR English special edition 1099.

³⁶ Case 51/81 *De Franceschi v Council and Commission*, judgement of January 27, 1982, [1982] ECR 117, paragraph 9.

³⁷ Case C-243/05 P *Agraz and Others v Commission*, judgement of November 9, 2006, [2006] ECR I-10833. See also Aude Bouveresse: “Responsabilité extracontractuelle. Modalités d’évaluation du préjudice subi”, *Revue Europe*, Janvier 2007, Fasc. 411, p. 12.

³⁸ Joined Cases 56-60/74 *Kampffmeyer v Commission and Council*, judgement of June 2, 1976, see *supra* 23.

³⁹ Paragraph 13 of the *Mulder* judgement, Joined Cases C-104/89 and C-37/90; see *supra* 31.

direct causal link between the conduct of the Community institutions and the damage"⁴⁰ be established.

Particularly relevant in this respect are the cases of *Tillack*⁴¹ and *Franchet-Byk*⁴². The issue in both these cases was whether in handing over information to the judicial authorities and press, the European Commission's Anti-Fraud Office („OLAF”) and the Commission itself had committed wrongful acts capable of rendering the Union liable.

The facts in *Tillack* can be summarised as follows. Mr. Tillack, an investigative journalist working in Brussels for a German news magazine, published two articles in which he described a number of irregularities within the European institutions. As he had quoted some internal documents from the Commission's Anti-Fraud Office, the latter began an investigation in order to find the source of the leak and made allegations of bribery in a press release, affirming that „it was not excluded that payment may have been made to somebody within OLAF (or possibly another EU institution) for these documents”. The appellant initially complained to the European Ombudsman who decided that by publicly accusing Mr. Tillack of bribery on the basis of no evidence other than rumours and hearsay, OLAF had committed an act of maladministration. Nevertheless, in accordance with Regulation 1073/1999⁴³ concerning investigations conducted by OLAF, the latter forwarded information regarding suspicions of bribery to the Belgian and German judicial authorities. The applicant requested the General Court to annul the act by which OLAF had forwarded information to those authorities.

The Court was invited to answer the question of whether the European Anti-Fraud Office should be liable to pay damages to a journalist who alleged that OLAF had falsely accused him of bribery and which induced the Belgian authorities to order a police raid of his home and office, in order to identify the source of the leak within OLAF.

At the request of the appellant to annul the act by which OLAF forwarded information to the judicial authorities in Brussels, and to order compensation for the harm suffered, the General Court considered that the report OLAF had sent to the Belgian authorities was not the cause of the harm suffered by the appellant, since the Belgian authorities were free to decide whether or not to act on the report. It thus concluded that: „any decision by the national authorities to take action on information forwarded by OLAF flows from the independent exercise of the powers vested in those authorities”. Consequently, OLAF's requests were not legally binding and thus did not constitute challengeable acts. The Belgian authorities therefore had discretion in responding to them, so there was *no direct causal link* between OLAF's complaint and the injury resulting from the raid of Mr. Tillack's home and office.

⁴⁰ Case T-48/05 *Yves Franchet and Daniel Byk v Commission*, judgement of July 8, 2008, [2008] ECR II-1585; also Case C-472/00 P *Commission v Fresh Marine*, judgement of July 10, 2003, [2003] ECR I-7541.

⁴¹ Case T-193/04 *Tillack v Commission*, 4 October 2006, [2006] ECR II-3995; T-193/04 R *Tillack v Commission*, 15 October 2004, [2004] ECR II-3575; C-521/04 P-R, 19 April 2005, ECR [2005] I-3103; Strasbourg Court (ECtHR) decision in *Tillack v Belgium*, n° 20477/05, 27 November 2007.

⁴² Case T-48/05 *Yves Franchet and Daniel Byk v Commission*, see *supra* 40.

⁴³ Regulation (EC) No 1073/1999 of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF), OJ L 136, 31.5.1999, p. 1.

The Court's reasoning – by stating that the sole responsibility for the raid and its consequences laid with the national authorities – seems to imply that there exists no means of calling OLAF to account for providing national authorities with false information. In this sense, Ian Forrester, the appellant's Counsel commented that: „It means that the EU's anti-fraud office is operating in a legal vacuum with little, if any, accountability for its actions”.

The restrictive interpretation that the EU Courts made of the *causality condition* rendered impossible an adequate judicial protection of the appellant within the EU legal order⁴⁴. Mr. Tillack finally successfully challenged the Belgian State before the European Court of Human Rights. The latter Court, considering that the raid of the appellant's home and office ordered by the Belgian authorities constituted a violation of the right to freedom of expression, ordered the Belgian State to pay the appellant for both non-material and material damage incurred by the latter.

In view of the Strasbourg Court's conclusion in this case, the Union jurisdictions took a further step in extending their interpretation of the conditions to be fulfilled in order for the Union to incur liability for acts of its institutions; this evolution can be observed in the *Yves Franchet and Daniel Byk v Commission* decision.

In this case, as a consequence of the bringing to light, by some internal audits of Eurostat, of possible irregularities in financial management, the Commission's Anti-Fraud Unit opened a number of investigations concerning several contracts concluded by Eurostat with different agencies. OLAF sent to the Luxembourgish and French judicial authorities the files relating to investigations implicating the former Director-General of Eurostat, Mr. Franchet and the Former Director of that organ, Mr. Byk, in those irregularities.

The appellants brought an action for damages before the General Court, alleging wrongful acts on the part of both OLAF and the Commission in the course of their investigation. They contested the fact that they were not informed or heard before the files had been forwarded to the national judicial authorities and also the fact that confidential matters were leaked to the press by OLAF. Thus the applicants sought compensation for the damage sustained as a consequence of the faults committed by both OLAF and the Commission. They contended that their action satisfied all the conditions necessary to engage the liability of the Commission and to enable the Court to exercise its power of review.

In this case, the Court seems to have adopted a more flexible approach with regard to the *causality condition*. Whereas in the *Tillack* case it had stated that: „there must be a direct link of cause and effect between the fault allegedly committed by the institution concerned and the damage pleaded”, in *Franchet-Byk* judgement the Court merely stated that: „in order to found a claim for compensation, damage must be a sufficiently direct consequence of the

⁴⁴ The appellant, after having introduced a request before the General Court and then an appeal before the CJEU, both dismissed, took the way towards the domestic Belgian Courts. The EU Courts had stated that it was for the national authorities to ascertain themselves whether the information provided by OLAF justified the bringing of criminal proceedings. As such, judicial protection had to be ensured at national level with all the guarantees provided by national law. Nevertheless the appellant has unsuccessfully exhausted all the domestic judicial remedies. The European Federation of Journalists (EFJ) has called the Court's decision a "shocking denial of justice which bodes ill for press freedom in Europe"; UK legal news analysis, LNB News 11/05/2005.

conduct complained of". It thus concluded that OLAF and the Commission had made a number of errors of such nature as to entail the liability of the Union.

The Court seems to have concluded that *causality* must not be taken as a purely „logical” connection but as a matter of reasonable imputation. The inclusion of the adjective „sufficiently” seems to have important positive effects for the claimants; if Mr. Tillack, because of the strict interpretation of the „causality” requirement had seen his claim for damages rejected by the EU Courts and was forced to go before the European Court of Human Rights in order to finally get compensation for the harm suffered, for Mr. Franchet and Mr. Byk justice was done by the General Court. Or, in both proceedings the same allegation was made by the applicants: that OLAF and the Commission handed over information to the judicial authorities and press. In *Franchet-Byk*, the EU Courts seem to have understood that the applicants had experienced feelings of injustice and frustration and that they sustained a slur on their honour and professional reputation due to the unlawful conduct of OLAF and the Commission. This reasoning demonstrates that the EU Courts are becoming more and more involved in protecting human rights. Moreover, both Luxembourg and Strasbourg Courts seem to have realized that conflicting verdicts on similar or identical normative provisions run counter to the concept of judicial legitimacy.

While analysing the evolution of the reasoning of the EU Courts from *Tillack* to *Franchet-Byk*, it is important to note that they have been willing to reconsider their own case-law in the light of later Strasbourg decisions. In this sense, Francis G. Jacobs stated that: „If the European Court of Justice goes first, and Strasbourg then goes the other way, the European Court of Justice may subsequently adapt its case-law”⁴⁵. This was not the first time that the Luxembourg Courts have decided to align their case-law to that of their Strasbourg counterpart. Another example in this sense is the case-law dealing with the question of whether Article 8 of the ECHR protects business premises from police searches. After the Luxembourg Court had ruled out the possibility specific protection, the Strasbourg Court answered the question in the affirmative. Subsequently, the Court of Justice indicated that it would consider covering business premises as well, explicitly referring to the judgement of the ECtHR⁴⁶.

It is therefore obvious that the General Court has tried, in its *Franchet-Byk* case-law to minimize the differences between the Luxembourg and Strasbourg legal orders and that, despite the fact that it has never considered itself as being bound by the judgements of the latter⁴⁷. As Hartmut Aden has observed: „The concurrence and conflicts between the two Courts more and more cede to new forms of supranational judicial diplomacy”⁴⁸.

⁴⁵ Article: “Between Luxembourg and Strasbourg: Dialogue between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, “Le défi des frontières. Mélanges en l’honneur de Roland Bieber”, Nomos, DIKE.

⁴⁶ See cases *Niemietz v Germany* (1992), *Hoechst* (1989) and *Chappell v the United Kingdom* (1989).

⁴⁷ Some scholars argue that the rulings of the Strasbourg Court can have a binding effect on the EC; for example Ahmed and Jesus Butler in “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective”, affirmed that: “although the EU has not acceded to the ECHR, the obligations incurred by its Member States by virtue of their ECHR membership impose obligations on the EU per se”.

⁴⁸ Hartmut Aden: “Human rights before the Courts – Concurrence or complementary protection by the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and by national constitutional courts?”, in Malte Brosig (Ed.), *Human Rights in Europe – A fragmented Regime?*, Frankfurt/Main (Lang) 2006, 57-66.

3.2. The conditions which must be fulfilled in order for the Union to incur non-contractual liability for the „lawful acts“ of its institutions

As mentioned above, the Union is to incur liability not only for the unlawful acts of its institutions but also for the „lawful acts“ of the latter. Indeed, individuals may suffer loss from lawful acts of the Union. The issue as to whether the latter can be liable for such loss arose in the *Dorsch Consult* judgement⁴⁹. In this case, the applicant contested a Union regulation banning trade with Iraq in pursuance of a UN Security Council resolution. The Iraqi government retaliated by freezing the assets and rights of companies trading with Iraq, where the companies were based in countries which had imposed the trade embargo. The applicant, being so affected, sought damages from the EU itself, claiming that he should be compensated, even if the Union acted lawfully.

In this case, the Court announced the conditions to be fulfilled in order for the Union's non-contractual liability to be triggered in the absence of unlawful conduct on the part of its institutions. It thus required the alleged damage to be real and also the existence of a causal link between the contested act and the damage in question. The Court further stated the requirement that the damage be „unusual“⁵⁰ and „special“⁵¹ in nature.

The issue of Union liability for legal acts was also addressed in the *FIAMM* case⁵², where claims for damages had been introduced against the EU on the basis of the incompatibility of the Union regime governing the import of bananas with the WTO regulations, having as a consequence the imposition by the USA of retaliatory measures in the form of increased customs duty, levied on imports from the Union.

In both these decisions the Court found there to be no unusual and special (specific) nature of the damage suffered. Consequently, liability of the Union for the negative effects of the lawful exercise of its legislative activities was not triggered.

As it has already been stated, whatever the rhetoric, there has to this day not been one single instance of Union liability being imposed under this heading⁵³.

3.3. The conditions which have to be fulfilled in order for the Union to incur non-contractual liability for its Courts' decisions

The liability of the Union for its Courts' case-law was implicitly recognised by the Court of Justice in *Baustahlgewebe*⁵⁴. In that case, the applicant contested the length of the proceedings before the General Court (5 years and 6 months).

⁴⁹ Case T-184/95 *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v Council*, judgement of April 28, 1998, [1998] ECR II-667, and on appeal C-237/98, judgement of June 15, 2000, [2000] ECR 4549.

⁵⁰ Damage which affects a particular circle of economic operators in a disproportionate manner by comparison with the others.

⁵¹ Damage which exceeds the limits of the economic risks inherent in operating in the sector concerned.

⁵² Case T-69/00 *FIAMM v Council and Commission*, judgement of December 14, 2005, [2005] ECR II-5393.

⁵³ Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, Adam Tomkins: "European Union Law", Cambridge University Press, 2006, p. 462.

⁵⁴ Case C-185/95 P *Baustahlgewebe GmbH v Commission of the European Communities*, December 17, 1998, [1998] ECR I-8417.

The Court, after having recalled that „the purpose of attaching the Court of First Instance to the Court of Justice and of introducing two levels of jurisdiction was, first, to improve the judicial protection of individual interests [...] and, second, to maintain the quality and effectiveness of judicial review in the Community legal order”, it further stated that: „the Court of First Instance, which is *responsible* for establishing the facts and undertaking a substantive examination of the dispute [...]”⁵⁵ (emphasis added).

Of real interest in this context is the Opinion of Advocate General Léger⁵⁶ in the present case, as the latter openly analyzed the issue of whether the action for damages was the appropriate remedy. In so doing, he outlined the factors which, in his view, would allow the Court to rule as admissible an action for compensation on the ground that the General Court had breached the rule requiring proceedings to be conducted within a „reasonable time”.

He firstly emphasized that the national legal systems recognize the principle of compensation for the damage suffered by the party concerned as a result of a breach of the „reasonable time” rule. Now, Article 340(2) TFEU lays down the principle of the Union’s non-contractual liability by referring to the „general principles common to the laws of the Member States”. The Advocate General then referred – in paragraph 65 of his Opinion – to the EU Courts’ case-law which has made an extensive interpretation of the word „institutions” as referred to in Article 340 TFEU, in order to finally conclude that „it does not appear that the Court of Justice or the Court of First Instance should be regarded as being outside the ambit of Article 215”.

In this case the Court, for the first time, set aside the contested judgment in so far as it concerned the amount of the fine imposed on the appellant. Nevertheless, the Court refused to set aside the judgment in its entirety, as it considered that the length of the proceedings did not affect its outcome in any way. In reaching such a conclusion, the Court might have drawn inspiration from the practice of its Member States. It is common ground within the EU Member States’ legal orders that a breach of the principle at issue here does not affect the validity of the proceedings, but merely enables an action for compensation to be brought.

A similar conclusion was reached by the Court in *Der Grüne Punkt*⁵⁷ Case, in which it had been requested to interpret the reasonableness of a 5 years and 10 months period needed by the General Court to deliver the judgement.

In that case, the Court followed the Opinion of Advocate General Bot who stated that „failure to observe the reasonable time requirement in the proceedings can, where appropriate, give rise solely to a claim for compensation for the harm caused”⁵⁸. He further pointed out that: „The penalty for breach of the reasonable time requirement in the proceedings cannot

⁵⁵ Point 41 and 42 of the judgement C-185/95 P, see *supra* 55.

⁵⁶ Opinion of Advocate General Léger delivered on February 3, 1998, Case C-185/95 P, see *supra* 54.

⁵⁷ Case C-385/07 P *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH v Commission*, judgement of July 16, 2009, [2009] ECR I-6155.

⁵⁸ Paragraph 307 of the Opinion of Advocate General Bot delivered on March 31, 2009, Case C-385/07 P, see *supra* 57. See also Marguerite Lavedan: Le temps, c’est de l’argent: en l’absence d’effets sur la solution du litige, la violation du délai raisonnable se résout par un éventuel recours en indemnité, *Revue Lamy de la Concurrence*, Octobre/Décembre 2009, n° 21.

in any case lead to an undertaking being allowed to continue or to resume conduct which has been held to be contrary to the Community rules"⁵⁹.

This conclusion seems to also have been followed by Advocate General Kokott in her Opinion in the longest-ever pending Case *Solvay*⁶⁰ (the overall length of the proceedings amounted, at the time when the Advocate General rendered her Opinion, to 22 years), although the applicant alleged that the consistent case-law developed by the Court – according to which it needed to be assessed whether the length of the proceedings might have affected their outcome – was outdated. Accordingly, the applicant asked the Court to reconsider the matter in the light of the binding force of the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁶¹.

Advocate General Kokott stated that where a penalty is imposed for infringement of the fundamental right to have a matter adjudicated upon within a reasonable time, due consideration must be given to both the interests of the undertaking concerned and the general interest. On the one hand, the interest of the undertaking concerned consists in securing the fullest possible measure of redress for the consequences of infringement of the fundamental right(s). On the other hand, the general interest consists in ensuring the effective implementation of the competition rules in the European internal market, which form part of the fundamental provisions of the Treaties. The annulment of a Commission decision imposing a fine in an anti-trust case on the sole ground that there had been a failure within a reasonable time in the administrative or judicial proceedings would annul not only the fine imposed but also the finding of infringement of the competition rules itself. She further stated that such a solution would be contrary to the general interest in the effective implementation of the competition rules and would go beyond the legitimate interest of the undertaking concerned in securing the fullest possible measure of redress for the infringement of the fundamental right which it had suffered⁶².

The Advocate General concluded that: „The undertaking must not be allowed to reopen the question of the existence of an infringement on the sole ground that there was a failure to adjudicate within a reasonable time. The sanction for breach of the reasonable time requirement in the proceedings cannot in any case lead to an undertaking being allowed to continue or to resume conduct which has been held to be contrary to Community rules. Accordingly, I see no reason to propose that the Court should reconsider its previous case-law on this point"⁶³.

⁵⁹ Paragraph 306 of the Opinion C-385/07 P, see *supra* 58.

⁶⁰ Opinion of Advocate General Kokott delivered on April 14, 2011, in Case C-109/10 P, *Solvay SA v Commission*.

⁶¹ Advocate General Kokott also referred to the Charter's rights governing the 'reasonable time' issue. In paragraph 253 of her Opinion in C-109/10 P, she stated that: "It is true that the fundamental right under European Union law to have a matter adjudicated upon within a reasonable time, in accordance with Article 41(1) and second paragraph of Article 47 of the Charter of Fundamental Rights [...]".

⁶² Paragraphs 259-261 of the Opinion in Case C-109/10 P, see *supra* 60.

⁶³ Paragraphs 262 and 263 of the Opinion in Case C-109/10 P, see *supra* 60.

4. Union's liability for acts of its civil servants in the performance of their duties

Although the majority of the EU Courts' case-law under Article 340(2) TFEU deals with the liability of the Union for acts of its institutions, one must not forget that this provision also foresees claims for damages for losses caused by acts of EU servants „in the performance of their duties”.

Article 12 of the Protocol on the Privileges and Immunities of the European Communities of April 8, 1965, stipulates that officials and other servants of the Union shall be immune from legal proceedings in respect of acts performed by them in their official capacity. Consequently, if the contested act of a servant is performed in his official capacity, the servant will be immune from legal proceedings.

Nevertheless, it is necessary to bear in mind that not every act performed by a servant will be held to have been accomplished in the performance of his duties. If this is not the case, the matter may then be litigated before the national courts of the Member State where the wrongful act is alleged to have taken place.

In *Sayag v Leduc*⁶⁴, the Court of Justice brought some clarification to the meaning of acts performed by Union officials „in the performance of their duties”, by stressing that the „Community is only liable for those acts of its servants which, by virtue of an internal and direct relationship, are the necessary extension of the tasks entrusted to the institutions”⁶⁵.

The case in issue was about a Union civil servant who was sued for damages arising from an accident which took place within a mission carried out in the performance of his duties, but while driving his own vehicle.

The Court opted for a narrow interpretation of the Union's liability to be triggered by acts of its official. With regard to the facts of the present case, it stated that the fact that the servant was driving his own car in a travel order did not bring the driving within the performance of his duties.

5. Union's liability for damage caused to its own civil servants

The Treaty provisions dealing with the liability issue do not make any reference to this third category of liability that the Union may incur for damage caused by its institutions to their own civil servants.

⁶⁴ Case 9-69 *Claude Sayag and S.A. Zurich v Jean-Pierre Leduc, Denise Thonnon and S.A. La Concorde*, judgement of July 10, 1969, [1969] ECR 329.

⁶⁵ Paragraph 7 of the judgement 9-69, see *supra* 64.

The EU Courts have nevertheless been active in this field, developing the conditions that must be fulfilled in order to trigger the Union's liability. Initially, the case-law seemed to interpret the *Bergaderm* rationale harmonising the liability regimes of the EU Member States and the Union⁶⁶, as also applying to the Union institutions' civil service.

In its judgement in *Nardone*⁶⁷, the General Court stated that the *Bergaderm* rationale at issue was expressed in very general terms and therefore there was no reason to suppose that it did not apply by analogy to damages' claims brought by officials and former officials. The Court further stated that given the fact that the objective set by the Court in its *Bergaderm* judgment was to harmonize the various systems of non-contractual liability of public authorities in EU law, it therefore had to be concluded that the conditions of Union liability for damage to its officials and former officials in breach of Union law should not, in the absence of any special justification, differ from those governing the liability of the Union vis-à-vis other individuals⁶⁸.

With this judgement the Court brought Union liability for damage caused to its civil servants into line with the other liability regimes, namely those referred to in Article 340(2) TFEU. This harmonisation did not remain in place for long as, two years later in *Commission v Petrilli*⁶⁹, the General Court came to stress that, contrary to what had been decided in *Nardone v Commission*, the civil service legal system had to be – in the light of its special nature – subject to special rules, distinct from those arising from general principles governing the non-contractual liability of the Union vis-à-vis other individuals. The General Court held that, unlike other individuals, the officials or agents of the Union are bound to the Union's institutions by a legal relationship of employment with a balance of rights and specific reciprocal obligations, which is reflected by the duty of care owed by the institutions to the persons concerned. Now, this balance is primarily intended to preserve the relationship of trust that must exist between institutions and their officials in order to guarantee citizens the fulfilment of the general interest tasks assigned to the Union institutions. The General Court concluded from the foregoing that, when acting as employer, the Union should be subject to greater accountability, exemplified by the obligation to repair damage to its staff by any unlawful act committed in its capacity as employer⁷⁰.

Although in recent decades, legal doctrine has focused primarily on the non-contractual liability of the Union, the importance of the latter's „contractual liability”⁷¹ should not be underestimated. The final part of this article will thus focus on this other liability facet in order to provide for an overall overview of the liability issue in the EU legal order.

⁶⁶ The Court stated in paragraph 41 of *Bergaderm* judgement (see *supra* 9) that: “The Court has stated that the conditions under which the State may incur liability for damage caused to individuals by a breach of Community law cannot, in the absence of particular justification, differ from those governing the liability of the Community in like circumstances. The protection of the rights which individuals derive from Community law cannot vary depending on whether a national authority or a Community authority is responsible for the damage (*Brasserie du Pêcheur and Factortame*, paragraph 42)”.

⁶⁷ Case T-57/99 *Albert Nardone v Commission*, judgement of December 10, 2008, not reported.

⁶⁸ Paragraph 163 and 164 of the judgement T-57/99, see *supra* 67.

⁶⁹ Case T-143/09 P *European Commission v Nicole Petrilli*, judgement of December 16, 2010, not yet reported.

⁷⁰ Paragraph 46 of the judgement T-143/09 P, see *supra* 69.

⁷¹ As stated for in article 340(1) TFEU.

6. The European Union's contractual liability

The specific regime of the Union's contractual liability underlines once more the idea that the EU Member States have created „a new legal order in public international law”⁷². Differently to other international organisations which enjoy immunity of jurisdiction in their Member States (even though they may cause damage through illegal actions), the EU does not have full jurisdictional immunity.

Accordingly, the Union can be sued for breach of contract before national courts of its Member States, whereas ordinary international organisations cannot be summoned before a domestic court without their prior consent.

Article 268 TFEU, assessing the EU Courts' jurisdiction to deal with liability disputes, solely refers to the issue of the Union's non-contractual liability, by stating that: „The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction in disputes relating to compensation for damage provided for in the second and third paragraphs of Article 340”. It may be inferred from this provision that the Union's contractual liability is to be dealt with by national courts. Nevertheless, Article 272 TFEU brings a nuance to the national competence in issue, by stating that: „The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give judgement pursuant to any arbitration clause contained in a contract concluded by or on behalf of the Union, whether that contract be governed by public or private law”⁷³. By negative implication, the domestic courts are competent to rule on the Union's contractual liability only in the absence of an arbitration clause pursuant to Article 272 TFEU. The latest case-law underlining this difference is *Guigard v Commission*, judgement of May 20, 2009⁷⁴.

The EU Courts seem to proceed to a very strict interpretation of the national competence to deal with the Union contractual liability issue. Thus, in a recent action brought by the *Tribunal de commerce de Bruxelles* in *Hanssens-Ensch v European Community*⁷⁵, the Court refused to recognise, in addition to contractual and non-contractual liability, „a third category of liability” which, pursuant to Article 274 TFEU (ex Article 240 EC⁷⁶) would fall within the jurisdiction of the national courts⁷⁷. In this case, the applicant sought recognition by the EU Courts of a particular category of the latter's liability falling within the jurisdiction of national courts; in this view, the applicant submitted that: „given the reference made therein to 'the general principles

⁷² Case 26-62, *Van Gent & Loos v Nederlandse administratie der belastingen*, judgement delivered on February 5, 1963, ECR English special edition 1.

(Article 282 EC Treaty defining the legal personality of the EC on the national level provides that “[..] in each of the Member States the Community shall enjoy the most extensive legal capacity [..]”, whereas Article 104 of the UN Charter states that the organisation shall enjoy in the territory of its Member States “the legal capacity necessary to exercise its functions”).

⁷³ See also the ex Article 238 EC, Articles 42 ECSC and Article 153 EAEC.

⁷⁴ Case C-214/08 P, [2009] ECR I-91 (summary publication), paragraphs 39-43. See also Anne-Laure Mosbrucker: „Retour au thème après variations autour des régimes de responsabilité”, *Revue Europe*, Fasc. 370, Juillet 2009, p. 9.

⁷⁵ Case C-377/09 *Françoise-Eléonor Hanssens-Ensch v European Community*, Judgement of July 29, 2010, not yet reported.

⁷⁶ Article 274 TFEU (ex Article 240 EC) states that: „Save where jurisdiction is conferred on the Court of Justice of the European Union by the Treaties, disputes to which the Union is a party shall not on that ground be excluded from the jurisdiction of the courts or tribunals of the Member States”.

⁷⁷ Paragraph 25 of the judgement C-377/09, see *supra* 75.

common to the laws of the Member States', the second paragraph of Article 288 EC refers only to proceedings brought on the basis of the Community's non-contractual liability under the ordinary rules of law, as provided for – under Belgian law, for example – in Article 1382 of the *Code civil* (Civil Code). By contrast, an action brought under any other provision falls within the jurisdiction of the national courts, even if the grounds for that action do not relate to a contract. Thus, an action brought under Article 530 of the *Code des Sociétés*, which constitutes the legal basis for the action before the referring court, cannot be regarded as an action for damages brought on the basis of non-contractual liability under the ordinary rules of law, notwithstanding the fact that the grounds for that action do not relate to a contract⁷⁸.

It is not surprising that the Court did not follow the applicant's argumentation which would have led to the curtailment of the Union's exclusive competence with regard to the non-contractual liability issue⁷⁹.

7. Conclusion

It follows from the foregoing that the EU Courts have developed a limited interpretation of the European Union liability, the action for damages in the EU legal order being of a restrictive nature. Indeed, there have not been to this day many instances where the conditions had been fulfilled in order for the European Union to incur liability for acts of its institutions or servants in the performance of their duties. It rests to be seen how the EU Courts will reconcile in the future the restrictive interpretation of these conditions with the subjective nature of the right to compensation as stated for in Article 41(3) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

⁷⁸ Paragraph 15 of the judgement C-377/09, see *supra* 75.

⁷⁹ See Fabrice Picod: "Compétence exclusive de la juridiction communautaire pour une action en responsabilité extracontractuelle contre la Communauté", *La semaine juridique* – Edition générale – N 37 – 13 septembre 2010.

The Impact of Keck Doctrine on Free Movement of Goods

Ioana LUCA*

Abstract

Ever since the European Court of Justice proclaimed the Keck doctrine it has been subject to much criticism with regards to its approach based on discrimination. These criticisms are dealt by European Court of Justice in post-Keck cases by questioning the impact of the measures on the market and establishing whether Keck is a thing of the past. While Keck discovered an area in which national courts were free to act, the establishment of the market access test brought the balance back to the European Union, giving the Court of Justice the power required to evaluate national measures compatible with Article 34 TFEU. Arguably, the recent case law demonstrates that the Court is not willing to extend Keck to national rules on use of goods or to replace it with a new model.

Keywords: *Keck doctrine, Article 34 TFEU, free movement of goods, selling arrangements, market access*

The free movement of goods has been regarded as one of the essential policies of the Common Market and thus of the European Union (EU). Accordingly, the European Court of Justice (ECJ) adopted a generous interpretation on the freedoms to allow goods to move freely in the European Union and simultaneously adopted a restrictive approach to Member States' measures imposed on those freedoms. The prohibition of quantitative restriction and measures having equivalent effect are illustrated in Article 34 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). This prevention has been gradually a matter for the Court of Justice to interpret it, particularly through the case of *Dassonville*¹ to include any measure which discriminates between imported products and domestic goods and which makes imported or exported goods unnecessarily difficult. Nonetheless, Article 34 TFEU challenges not only indistinctly or equally applicable national rules, it also bans national rules which discriminate against imported products, possibly justifiable under Article 36 TFEU. The *Cassis de Dijon*² case is an extension to *Dassonville*. It was shown that those indistinctly applicable measures could as well breach Article 34 TFEU by their dual burden effect, namely requirements operated by the state of origin and those of the state of importation. It is not clear from the rulings of the European Court of Justice whether *Keck*³ exception related to selling-arrangements

* LLM EU Law, University of Westminster, London, UK.

¹ Case 8/74 *Procureur du Roi v Dassonville* [1974] ECR 837; [1974] 2 CMLR 436.

² Case 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)* [1979] ECR 649; [1979] 3 CMLR 494.

³ Case C-267 & C-268/91 *Criminal Proceedings against Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097; [1995] CMLR 101.

is a matter of history; nevertheless, it is argued that *Keck* doctrine has been applied recently so rarely, that whether *Keck* is left behind or not would have little practical effect. The ECJ's open adoption of an unqualified market approach gives rise to questions as to the theoretical justification for a market access test and to the limits of Article 34 TFEU (ex 28 EC). On one hand, it is argued that the priorities and objectives of the internal market progressed to ensure the efficiency of the national markets of the Member States as a whole. On the other hand, the EC Treaty encompasses not only restriction to the market access but also restrictions to the market. The *Keck* judgement refers to the legality under EU law of the French law which bans the resale of goods at prices lower than the purchase price, in order to stop 'predatory pricing'. Prosecuted for the breach of this law, *Keck* and *Mithouard* claimed the incompatibility of the French law with the EU law. The ECJ quoted *Dassonville* test and Article 34 TFEU, followed by *Cassis de Dijon* case. It was suggested that when it refers to a selling arrangement *Dassonville* test does not apply. By looking back at the case law there are two different strands in the jurisprudence that can be detected, which influence measures which prevent market access and discriminatory measures to fall within Article 34 TFEU. *Cassis* determined a principle of mutual recognition⁴, while *Dassonville* established that any rules which can hinder „intra-Community trade“ are to be regarded as measures having an equivalent effect to quantitative restrictions⁵. *Wenneras* and *Moen* argue that *Dassonville* and *Cassis* could be considered as principle of non-discrimination specific expressions⁶. The Commission acknowledged that indistinctly applicable measures in Directive 70/50 can affect trade given that Article 3 referring to the restrictive effect of free movement of goods measures 'exceeds the effects intrinsic to trade rules'. Although in *Keck* there is no clear difference between static and dynamic rules, there is an evident emphasise regarding the equality of selling arrangements in law and in fact. This approach has proven to be of great significance when deciding on post-*Keck* case-law. A number of cases (*Hunermund*⁷, *Banchero*⁸, *Belgapom*⁹, *Commission v Greece*¹⁰) have applied Article 34 TFEU as per *Keck* judgement on selling arrangements. By contrast, measures establishing 'requirements to be met' were determined by rule of reason, as *Keck* indicated, and were found unjustified (*Houtwipper*¹¹ referring to a Dutch law preventing dealing in silver and gold items without a Dutch, Luxembourg, or Belgian hallmark; *Commission v Germany*¹² case regarding conditioning of German law to label the contents of specific foods in addition to the requirement imposed by the EU law). The purpose of this article is to demonstrate that the case law that followed *Keck* is not willing to replace the *Keck* doctrine with a new concept or to extend it to national rules on use of products. The first part of this article will focus on the evolution of the approach of the European Court of Justice to national

⁴ Case 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis)* ECR 649; [1979] 3 CMLR 494 at paragraph 14.

⁵ *Supra* n. 1.

⁶ *Wenneras P, Moen, Ketil Boe, 'Selling arrangements, keeping Keck' (2010), 35 European Law Review 3, pp. 387-400.*

⁷ Case C-292/92 *Hunermund v Landesapothekerkammer Baden-Wuerttemberg* [1993] ECR I-6787 – banning advertising of authorised pharmaceutical products (having authorisation to sell) outside the pharmacy.

⁸ Case C-387/93 *Banchero* [1995] ECR I-4663; [1996] 1 CMLR 829 – conditions keeping the retail sale of tobacco to authorised distributors.

⁹ Case C-63/94 *Groupement National des Negociants en Pommes de Terre de Belgique (Belgapom) v ITM Belgium SA* [1995] EC-2467 – banning sales yielding very low profit margins.

¹⁰ Case C-391/92 *Commission v Greece* [1995] ECR I-1621 – condition imposed on processed milk to be sold only in pharmacies.

¹¹ Case C-293/93 *Houtwipper* [1994] ECR I-4249.

¹² Case C-51/94 *Commission v Germany* [1995] ECR I-3599.

rules relating to selling arrangements as per *Keck* exception and the criticism experienced by *Keck* doctrine. The second part will examine the newly introduced strict market access test, the effect of which was to replace or at least severely limit the *Keck* doctrine.

Keck has been the subject of much criticism with regards to its approach based on discrimination. The use of Article 34 introduced in *Keck* was viewed as praising its 'tendency to cut back on unnecessary intrusions into the laws of the Member States in cases where access to the relevant national market is not at stake'¹³ and 'lacking in principle'¹⁴. Roth¹⁵ argues that Article 34 should be focusing not on confirming commercial freedom, but promoting interstate trade in goods by ensuring access to the (national) market. These criticisms are dealt by ECJ in the more recent cases (post-*Keck*) by questioning the measure's impact on the market. For instance, in *Volker Graf*¹⁶, Advocate General indicated that 'selling arrangements are harmless in internal market terms as a rebuttable presumption rather than as a rule'. There are areas of difficulty arising from *Keck* judgement. The purpose of the discrimination approach, whether a broader interpretation would change the value of *Keck* 'proviso', and where to find the limit between a selling arrangement and a condition (whether this is the right place for this kind of boundary), are few of *Keck*'s conflicting matters. The general implications of *Keck* were hidden by the fact that most of the post-*Keck* cases concerned either selling arrangements or product requirement. Nevertheless, there are some cases related to residual rules (licenses, authorisation, and control) which somehow acknowledge that the non-discrimination principle sets the limits for the scope of Article 34 TFEU. Therefore, the ECJ observed that purchase of imported products were made more difficult to render through a prior authorisation scheme¹⁷, a licensing system required additional costs for imported goods¹⁸, a refusal to recognise the equivalence of certificates in a Member State gave rise to a dual-burden for lawfully made products in another Member State¹⁹. By contrast, authorisation requirements which did not meet such effects fell outside the scope of Article 34 TFEU²⁰.

The approach introduced in *Keck* gives rise to uncertainty. For instance, the ECJ controls the scope of the unclear phrase 'certain selling arrangements'. According to the consequent case law, the addition of a material in a product in order to increase sales can be included within the definition of a product requirement. This occurred in a case concerning the Austrian ban on competitions periodicals or prize draws (*Vereinigte Familiapress*²¹). Although it was accepted that introducing such games in the publications, publishers aimed at enhancing the circulation, the ECJ found it not satisfactory enough to bring the *Keck* rule. The prohibition was related to the content of a magazine, thus an obligation to be met. Taking into account that it was an indistinctly applicable measure, it could have been justifiable under *Cassis de Dijon* rule

¹³ Roth, WH, 'Casenote on *Keck* and *Hunermund*' (1994) 31 CML Rev 845.

¹⁴ Reich, N, 'The November revolution: *Keck*, *Meng*, *Audi* revised' (1994) 31 CML Rev 459.

¹⁵ *Supra* n. 13.

¹⁶ Case C-190/98 *Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau* [2000] ECR I-493, [2000] 1 CMLR 741, [2000] All ER (EC) 170.

¹⁷ Case C-120/95 *Decker v Caisse de maladie des employés privés* [1998] ECR I-1831; [1998] 2 CMLR 879 at paragraphs 35-36.

¹⁸ Case C-189/95 *Criminal Proceedings against Franzén* [1997] ECR I-5909; [1998] 1 CMLR 1231 at paragraphs 70-72.

¹⁹ Case C-390/99 *Canal Satélite Digital SL v Administracion General del Estado* [2002] ECR I-607; [2003] 1 CMLR 27 at paragraphs 25 and 29.

²⁰ Case C-162/97 *Criminal Proceedings against Nilsson* [1998] ECR I-7477 at paragraphs 27-28.

²¹ Case C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag* [1997] ECR I-3689, [1997] 3 CMLR 1329.

of reason. As seen from other cases, the notion of product requirement extended to include some aspects of marketing, namely, advertising claims on packaging (*Clinique*²² and *Mars*²³). These cases have a common subject as the imposition of extra costs on product requirements involves *de facto* discrimination; and a dual burden is imposed on the importer/manufacturer. *Morellato*²⁴ indicates an approach to the difficulties arising from the boundary between a rule of selling arrangements and a product requirement. This case concerned the requirement of packaging partially baked dough bread, finished off on-site, where prior to selling packaging should have contained certain information. Here the ECJ clarified that the packaging before sale requirement did not indicate the necessity of altering the product 'the need to alter packaging or the labelling of imported products prevents such requirements from constituting selling arrangements' (paragraph 29). The rules were related to selling arrangements and acceptable only in case of uniform application in law and in fact. The question of packaging requirement related to the classification of a rule arose in *Schwarz*²⁵. Certain information was necessary but not added on the label, while national law would have been satisfied by extra packaging. Some Member States, in particular, Germany, did not impose packaging requirement on chewing gum distributed via vending machines as did the Austrian law when distributed in Austria. The manufacturers of gum established in one of those Member States where the packaging requirement was not an issue, had to go for extra expenditure for packaging the gum in order to distribute it in Austria. When assessing the case, the ECJ did not take into account the question of a selling arrangement. Considering the 'exception' in this case to be non-beneficial, the Court assumed that Article 34 is of relevance on the question of justification. The test in *Morellato* has been applied by ECJ in *Schwarz*. The distinction between the reasoning adopted on the above mentioned cases is that the requirement in *Schwarz* could fall on the manufacturer rather than the retailer. The obligation in *Schwarz* was found to be a product requirement (as per paragraph 29) even though the national law required the addition of packaging as opposed to the *Morellato* alteration of the packaging. Similarly, *Schwarz* case seems to be related to a dual burden.

Advertising is considered to be a problem area. With the development of 'infocommercials' and television shopping, it became difficult to draw a line between a broadcasting end and a selling arrangement start. It has been argued that advertising falls within the range of 'selling arrangement' rather than 'requirement to be met' as in *Leclerc-Siplec* case²⁶. Here the ECJ suggested that the law that bans television advertising in a specific sector concerns selling arrangements for the products in that sector. Moreover *Konsummentombudsmannen v De Agostini*²⁷ is an illustration of absolute ban on advertising of particular products (toys) which are not included within the Article 34 TFEU (former Article 28 EC), given that such requirements applied equally in law and in fact to domestically manufactured and imported products. On the contrary, sales promotions which are part of the packaging constitute a product obligation, as held in *Mars* case. There is a clear distinction between the sales promotion/

²² Case C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb eV v Clinique Laboratoires SNC et Estee Lauder Cosmetics GmbH* [1994] ECR I-317.

²³ Case C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v Mars GmbH* [1995] ECR I-01923.

²⁴ Case C-416/00 *Morellato v Comune di Padova* [2003] ECR I-9343.

²⁵ Case C-366/04 *Schwarz* [2005] ECR I-10139.

²⁶ Case C-412/93 *Leclerc-Siplec v TFI Publicité SA* [1995] ECR I-179, [1995] 3 CMLR 422.

²⁷ Joined Cases C-34-6/95 *Konsummentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Forlag AB (C-34/95) and TV Shop i Sverige AB (C-35/95 and C-36/95)* [1997] ECR I-03843.

advertising that forms a 'selling arrangement' and product specifications, including packaging. Nevertheless the boundary between the two situations will not always be easy to identify²⁸.

Steiner & Woods²⁹ suggested that a clearer difference exists between conditions of sale related to the marketing of the product itself, for instance prohibition of advertising a specific product (which can be called dynamic conditions of sale), and those which apply generally (sometimes named static conditions of sale); than between selling arrangements and product requirements. Nonetheless, as illustrated in *Hunermund, Infant Milk, Banchemo* and *TK Heimdienst*³⁰, concerning limitations on who could sell tobacco, the ECJ has not embraced such an approach. Moreover *Schmidt*³¹ adopted the same principle by indicating that the ban on the doorstep sale of silver jewellery was regarded as a selling arrangement and therefore in compliance with Article 34 TFEU. Similarly the ECJ held in *Hospital Pharmaceutical Supply* case³² that the rules to be met by the pharmacists supplying products to hospitals, were selling arrangements, although not always applied identically. From these cases results that the rules concerning limitations as to who may sell particular products as well as places of sale are considered selling arrangements. By contrast to *Banchemo*, the ECJ held in *Rosengren*³³ that the Swedish alcohol monopoly, although seen as a restriction on who can sell alcohol, was classified as a measure having equivalent effect to quantitative restrictions. Other cases that fall outside the agreed framework are *Alfa Vita Vassilopoulos* and *Carrefour-Marinopoulos*³⁴. These concerned town planning rules related to construction limitations on bakeries and the machineries used, affecting shops' baking. Although the rule was applicable not to the bread itself but to the place where such bread was sold, the ECJ regarded it as a product requirement. The reasoning provided for this decision seems to be similar with the one indicated in *Schwarz* and *Morellato* regarding the impact of the rule, which was found to be located in the production process. Although other cases concerning planning or licensing rules did not influence the process of producing, these current cases indicated that the process of production of the product is affected by the rules. It is a matter of considerable debate whether this reasoning is convincing or not³⁵. Furthermore, it is uncertain whether having no direct link with the product content itself, the rules should not have been regarded as a product requirement. Moreover the border line between production and retail is not clearly defined in these cases. Here the rules do not require a change in the nature of the product itself. However, Advocate General's reasoning related the effect of the rules, has shown only the relationship with bakeries which can sell 'bake-off' bread. As a result, *Alfa Vita* is seen as a contradiction of the *Keck* selling arrangement 'exception'. Remarkably, the Advocate General in *Alfa Vita* pointed out the difficulties encountered in this area, suggesting that the main factor was whether discrimination existed against free movement. Although a plea for greater clarity was made, while maintaining support for the *Keck* approach, the Court has not addressed this issue.

²⁸ Steiner J, Woods L., *EU Law*, (10th Edition, 2009).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Case C-254/98 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass GmbH* [2000] ECR I-151.

³¹ Case C-441/04 *A-Punkt Schmuckhandels-GmbH v Schmidt* [2006] ECR I-2093.

³² Case C-141/07 *Commission v Germany (Hospital Pharmacy Supply)* [2008] ECR I-6935.

³³ Case C-170/04 *Rosengren* [2007] ECR I-4097 – Grand Chamber's decision.

³⁴ Joined Cases C-158/04 to C-159/04 & C-82/05 *Alfa Vita Vassilopoulos and Carrefour-Marinopoulos*.

³⁵ *Supra* n. 28.

It is not obvious to what extent the *Keck* selling arrangements are to be applied equally in law and in fact. This point has been raised in *De Agostini*³⁶ where the prohibition applied to all adverts, whether imported or not, hence it operated equally in law. Although it has been noted that the only modality to break into a new market will be through such advertising, the crucial question of whether this operated equally in fact was left by the ECJ to the national courts to answer. This made the rule difficult to be applied in practice. Moreover, in *Burmanjer and Ors*³⁷, the ECJ has appointed the national courts to assess the equal application in fact. By contrast to these cases, *Scutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass GmbH*³⁸ is an illustration of the assessment of the equal operation of the selling arrangement in law and fact by ECJ itself. This case concerned the traders' establishment rules under Austrian law. It imposed restrictions on bakers, grocers and butchers for selling goods from door to door, on the basis that they have a permanent establishment in that district/closed municipality and the sale is related to the type of goods sold at that organisation. The rule became subject to proceedings in order to find out whether this was in line with Article 34 TFEU. After the Court established that the rule represented a selling arrangement, the equality of the rule in law and in fact was considered. While the traders established in one part of the country would be affected with regards to home delivery services in other areas of Austria, the most significant part of the judgement referred to 'the national legislation that impedes access to the market of the Member States more than it impedes access for domestic products'. The approach taken by ECJ in this case seems to be based on the concept of discrimination and related to questions on access of the market, typical of pre-*Keck* judgement.

The problem of the equal application of selling arrangements arose again in *Gourmet International Products*³⁹, in the context of Swedish rules controlling the alcohol beverages advertising directed to the trade press and point of sale. Here the rules were altered on the basis that they were contrary to Articles 49 EC and Article 34 TFEU. After applying the *Keck* test and following closely *TK-Heimdienst*⁴⁰, the Court used the test based on access to the market (paragraph 18). Taking into account the possibility accepted in *De Agostini* that the prohibition might have a less significant impact on domestic products when compared to imports, the ECJ provided national courts with little scope. It left them to follow its view related to unequal application in fact of national rules „The Court is able to conclude that a prohibition of all advertising directed at consumers is liable to impede access to the market by products from other Member States more than it impedes access by domestic products, with which consumers are instantly more familiar” (Paragraph 21). As a consequence, the rule was assessed following pre-*Keck* ruling, under Article 34 TFEU and the rule of reason. Notably the Court was not suggesting that all advertising will necessarily be assessed according to Article 34 TFEU; limiting its judgement impact to the type of product of „traditional social practices”. Nevertheless, *TK Heimdienst* and *Gourmet International Products* indicate that the product-requirement/selling arrangement exception proposed in *Keck* will not always be the answer for whether a measure falls outside the scope of Article 28 EC or not. The issue is closely related to the impact of selling arrangements on trade. *Gourmet International Products* is a noteworthy case for two reasons: firstly, there were no EU measures for harmonization

³⁶ Joined Cases C-34-6/95 *Konsumtombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Forlag AB (C-34/95) and TV Shop i Sverige AB (C-35/95 and C-36/95)* [1997] ECR I-03843.

³⁷ Case C-20/03 *Burmanjer and Ors* [2005] ECR I-4133.

³⁸ Case C-254/98 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass GmbH* [2000] ECR I-151.

³⁹ Case C-405/98 *Konsumtombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP)* [2001] ECR I-1795.

⁴⁰ Case C-254/98 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass GmbH* [2000] ECR I-151.

as was the case of *De Agostini*. Secondly, the ECJ indicated for the first time since its judgement in *Keck*, that the national rules imposing a total prohibition on alcoholic beverages advertising would not certainly avoid the application of *Dassonville* formula. The stress put by the European Court of Justice in *Gourmet International Products* on the „access to market” test, was regarded as a new and attractive development. It took into consideration that the requisite referring to legal equality of imported products and domestic goods specified in *Keck*, is no more than a repetitive statement.

*Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris*⁴¹, a case related to a prohibition under German legislation on the mail order sale of medicinal products, raised the question of what degree of impact is required before a selling arrangement is operating unequally in fact. The ECJ held that the prohibition can affect the import market of products from Member States rather than the domestic products market (paragraph 74), despite the limitation imposed on German pharmacies to gain access to the entire German market. Consequently as the selling arrangement was not equally applicable in fact, an analysis under Article 34 TFEU was started. The reasoning provided by the Court, although very similar to the test in *Gourmet and TK-Heimdienst*, required not an actual impact, but a potential effect was seen as sufficient. This broad approach was repeated by ECJ in *Hospital Pharmaceutical Supply* case⁴². Paragraph 39 of the judgement held that national measure to be regarded as 'discriminatory or protective with the free movement of goods, it is not necessary to be placing only imported products at a disadvantage and not national products or to have the effect of favouring national products'. This approach for testing the selling arrangement applied equally, is similar to the one used for measures having equivalent effect to quantitative restrictions. It suggests that the *Keck* 'exception' was only a diversion of assessing the rules prior to *Keck*. There is clearly a distinction between the approach taken in the *Greek Pharmacies* case and the one in *TK-Heimdienst and Gourmet*.

Notwithstanding this line of cases, the actual boundary of discrimination is still uncertainly placed. *Karner*⁴³, a case concerning Austrian prohibition on deceptive advertising with regards to the auction sale of goods, was regarded contrary to *de Agostini* as the national condition was not seen as a total prohibition on all types of advertising. In *Karner* as well as *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v Avides Media AG*⁴⁴, it was accepted that the prohibition in question may be affecting the total number of sales. Therefore it had the same impact on the marketing of products originating from the host country as the marketing of products from the other Member States (paragraph 42, *Kraner*). Moreover, the Court indicated the lack of evidences arising from those seeking to gain benefit from Article 34, specifically the impact it has on the national rule. The approach taken in this case, which implicitly involved an actual impact, has not followed entirely *DocMorris*, justifying eventually the distinction in treatment. Nevertheless, any principles on which these cases are based remain unjustified.

Over the years a number of alternative solutions to *Keck* have been suggested. On the one hand, the ECJ has favoured an approach related to the impact of a measure. In *DocMorris*, the focus was on easing the access to market by assessing whether the selling arrangement applies equally in fact. Cases as *TK-Heimdienst* and *Gourmet International Products*, refer

⁴¹ Case C-322/01 *Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris* [2003] ECR I-14887.

⁴² *Supra* n. 32 Case C-141/07 *Commission v Germany (Hospital Pharmacy Supply)* 11 September 2008.

⁴³ Case C-71/02 *Karner-Industrie-Auktionen GmbH v Troost-wijk GmbH* [2004] ECR I-3025.

⁴⁴ Case C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v Avides Media AG* [2008] ECR I-00505.

not to the issue of whether a rule is seen as a selling arrangement or not, but to the ease of access of importers to other Member States markets. Certainly, in *Gourmet International Products* the reasoning is not referring to discrimination but to accessing the market. Although Advocate General Jacobs in *Leclerc-Siplec*⁴⁵ applied *Keck*, a test of 'substantial' hindrance has been proposed. These judgements are mostly closed to *Keck* approach, as they differentiated between measures which have an impact on consumers and those which impact directly the importer/producer and therefore an indirect impact arises on the free movement of goods rights. On the other hand, the ECJ has highlighted that the impact given by the national rules should not be too distant from other Member States trade. In *ED Srl v Fenocchio*⁴⁶ it was held that the Italian rules, that prevent the obtaining of summary of judgements against debtors, should be considered incompatible with Article 35 TFEU (ex Article 29 EC) as it gives rise to experts discouragement. This case and *BASF AG v Präsident des Deutschen Patentamts*⁴⁷ did not constitute an important modification in the Court's approach to the scope of Article 34 TFEU. Access to market is clearly obstructed, contrary to the unsuccessful argument in *TK-Heimdienst*⁴⁸ related to the uncertainty of the impact of legislation.

There was insufficient assistance from the ECJ's consequent case law with regards to the measures which prevent market access, the content of the first limb in *Keck*. In most cases related to prohibitive measures that apply to specific selling arrangements, the Court brought these measures under the *Keck* second limb as discrimination in fact could be detected. Some progress in the field of use regulations was significant, though. In *Toolex Alpha*⁴⁹, the Court suggested straight away that a prohibition on the use of specific products fell within the scope of Article 34 TFEU. Nevertheless, the ECJ was more cautious with regards to regulations that incompletely prohibited the use of certain goods. In *Commission v Portugal*⁵⁰, a case on prohibition of tinted film affixed to car windows, the ECJ indicated that the regulation „affected the market of almost all tinted film legally sold” as the buyers had „practically” no interest in buying these products.

In *Commission v Italy*⁵¹ and *Mickelsson and Roos*⁵², the ECJ considered the extent to which prohibitions and rules on the use of goods fall within the boundary of Article 34 TFEU. Particularly, the Court of Justice was asked to determine whether such rules should be tested according to *Dassonville* test to establish whether or not they are an impediment to intra-Union trade⁵³. The Advocates General opinions, although not a total departure from *Keck* doctrine, found that the rules in question should be regarded as unjustifiable barriers to trade between Member States falling within the scope of Article 34 TFEU. The Court of Justice, nonetheless, improved *Keck* approach for a market access formula. The judgements at issue question the usefulness of *Keck* selling arrangements: the Court has not totally overruled *Keck* exception, and yet the market access test might show the end of *Keck* doctrine in fact if not in law. The case of *Commission v Italy* concerned Italian rule that trailers could only be towed by „motor vehicles”, prohibiting the towing of trailers by motorcycles, mopeds, tricycles and

⁴⁵ Case C-412/93 *Leclerc-Siplec v TFI Publicité SA* [1995] ECR I-179, [1995] 3 CMLR 422.

⁴⁶ Case C-412/97 *ED Srl v Fenocchio* [1999] ECR I-3845.

⁴⁷ Case C-44/98 *BASF AG v Präsident des Deutschen Patentamts* [1999] ECR I-6269.

⁴⁸ Case C-254/98 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass GmbH* [2000] ECR I-151.

⁴⁹ Case C-473/98 *Kemikalieinspektionen v Toolex Alpha* [2000] ECR I-5681 at paragraphs 34-35.

⁵⁰ Case C-265/06 *Commission v Portugal* [2008] ECR I-2245; [2008] 2 CMLR 41 at paragraphs 33-35.

⁵¹ Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] [2009] ECR I-519.

⁵² Case C-142/05 *Åklagaren v Mickelsson and Roos*, 4 June 2009 [2009] ECR I-4273.

⁵³ Case 8/74 *Procureur du Roi v Dassonville* [1974] ECR 837; [1974] 2 CMLR 436.

quadracycles. While Advocate General (AG) Leger delivered his Opinion⁵⁴ concentrating only on *Dassonville* formula, AG Bot ruling concerned a critical analysis of *Keck* judgement which, in his opinion, should not be extended to rules related to product use. Specifically, it made clear his preference for a market access formula and his dislike for the *Keck* differentiation between selling arrangements and product requirements. Without indicating that the Court has overruled itself, AG Bot suggested that the *Keck* test extended to measures regulating the use of goods would undermine the scope of Article 34 TFEU and go against the internal market objectives 'It would once more make it possible for Member States to legislate in areas which, on the contrary, the legislature wished to 'communitarise'⁵⁵. Despite his earlier explanation that *Keck* is not to be replaced yet, AG Bot proposed a market access test applicable for all measures. The rules that render, prevent or impede (including any limit to market access⁵⁶) access to the market of imported goods are required to be justified as they fall within Article 34 TFEU (ex 28 EC)⁵⁷. The Court made reference to the principle of free access of Union products to Member States markets (*Sandoz*⁵⁸). While this statement related to the „free access” seemed initially unqualified, the specific indication of *Sandoz* case directed towards a positive formulation of the principle that Member States of the Union may not obstruct market access. The Court set out the „prevent market access” as a supplementary test, while the non-discrimination principle has been elevated as the main test. This may suggest that market hindrance test has never been regarded as having a significant role alongside the discriminatory restrictions of market access test. Conversely, the 'prevent' market access test, as suggested by several commentators⁵⁹, has represented lower limit, hence a strict test for real non-discriminatory measures. Therefore it would have been more relevant not to be set as a residual and subsidiary test under Article 34 TFEU but to be elevated as the primary one.

Mickelsson and Roos arose as a result of measures regulating use, particularly Swedish rules on personal use of watercrafts allowed only on general navigable waterways identified by county administrative boards. The defendants having breached this rule by using personal watercrafts on waters, argued in their defence that the Swedish rules at issue are an infringement of Article 34 TFEU. AG Kokott advised that these rules should not be within the scope of Article 34 TFEU, given that they are good-related; they do not inhibit market access⁶⁰ and they are not discriminatory either directly or indirectly⁶¹. Their „characteristics of arrangements for use and selling arrangements are comparable in terms of nature and intensity of their effects on trade in goods”. Although the European Court presented these judgements as a clarification and increased stability of the existing case law, most scholars⁶² saw it as the start of a universal

⁵⁴ Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] ECR I-519 Opinion of October 5, 2006.

⁵⁵ Case C-110/05 *Commission v Italy* Opinion of July 8, 2008 at paragraph 91.

⁵⁶ Case C-110/05 *Commission v Italy* Opinion of July 8, 2008 at paragraph 112.

⁵⁷ Case C-110/05 *Commission v Italy* Opinion of July 8, 2008 at paragraph 111.

⁵⁸ Case C-174/82 *Officier van Justitie v Sandoz BV* [1983] ECR 2445; [1984] 3 CMLR 43 at paragraphs 25-26.

⁵⁹ Spaventa, 'Leaving Keck behind' (2009) 34 *EL Rev* 914; Barnard, 'Trailing a new approach' (2009) 68 *CLJ* 288, Pecho, 'Good-Bye Keck?' (2009) 36 *LIEI* 257; Horsley, 'Anyone for Keck?' (2009) 46 *CML Rev* 2001.

⁶⁰ Case C-142/05 *Åklagaren v Percy Mickelsson and Joakim Roos* [2009] ECR I-4273 – Opinion of December 14, 2006, paragraph 66; the analysis of the market access issue is not clear at all; paragraphs 57 to 72.

⁶¹ *Ibid.*, Opinion of December 14, 2006, paragraph 56.

⁶² Spaventa, E., 'Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in *Commission v Italy* and *Mickelsson and Ross*' (2009) 34 *European Law Review* 914; Pecho, P., "Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgement in *Commission v Italy*, C-110/05" (2009) 36 *Legal Issues of Economic Integration* 257; Horsley T, "Anyone for Keck?" (2009) 46 *CML Rev* 2001; Barnard C., "Trailing a new approach to free movement of goods" (2009) 68 *Cambridge Law Journal* 288; Snell J, "The notion of market access: A concept or a slogan?" (2010) 47 *CML Rev* 437, 455-460.

and strict market access period, a departure from the orthodox legal system. The market access test has received great support in the past, particularly most well-known from AG Jacobs in *Leclerc-Siplec*⁶³. Nevertheless, even AG Jacobs suggested that a real market access test is at risk of national regulation and so a limit was set: the measure should be in breach of Article 34 TFEU (ex 28 EC) only when it is substantially restricting access to the market. The judgements in *Mickelsson and Roos* and *Commission v Italy* indicate that the Court is not ready to follow this line of reasoning further than the applicable „quasi-prohibitions“ are concerned⁶⁴. These rulings brought a balance with regards to the division of competence particularly between the judiciary and the legislature, but also between the Union and the Member States⁶⁵.

In order to answer whether *Keck* is a test of the past, the meaning of „market access“ should be clearly defined, by firstly clarifying whether this concept could clearly define the boundaries of Article 34 TFEU or whether it is an open notion which encompasses most rules. The above mentioned rulings clarified what was actually evident from the former case law. The important point is the effect of the rules on the market access, as the *Keck* distinction based on the type of rules is not of relevance any longer. While *Keck* discovered an area in which national courts were free to act, the establishment of the market access test brought the balance back to the Union, providing the Court of Justice with the power needed to analyse national measures compatible with Article 34 TFEU.

To conclude, the aim of the ruling in *Keck* was to „examine and clarify“ the former case law on Article 34 TFEU and „tame the Article 34 (then 28EC) tiger“⁶⁶. Whether *Keck* is a thing of the past, one should define „market access“, either as an open concept that encompasses most rules or clearly defines the limits of Article 34 TFEU. It is argued by several commentators that the *Commission v Italy* and *Mickelsson and Ross* judgements have fundamentally modified Article 34 TFEU (ex 28 EC) principles. The Court of Justice has adopted a strict market access test which ultimately replaced or strictly limited the *Keck* doctrine, where the concept of market access defines the scope of Article 34 TFEU and in effect replaces *Dassonville* formula. However, others argue that these rulings reveal understanding towards Member States autonomy, therefore keeping the status quo. A decisive factor in *Keck* was covered by Court's acute view into the attributes of certain selling arrangements as well as the fear of invoking Article 34 TFEU to challenge rules that limit commercial freedom, even when those rules are not referring to goods from other Member States⁶⁷. Therefore, taking into account all the arguments heard in *Commission v Italy*, the most convincing one was that given by Advocate General Bot stating that „analytical approach enables the Court to ensure judicial review of all measures adopted by the Member States“⁶⁸. However the Court had expressed a different view with regards to the attractiveness of such a statement. Drawing the lines together, these two cases have clarified and consolidated a fact that was obvious in *Keck*, namely that Article 34 TFEU bans measures which discriminatorily, in fact or in law, prevent market access or restrict imported goods to market access.

⁶³ Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995] ECR I-179.

⁶⁴ *Supra* n. 62.

⁶⁵ Wenneras P, „Towards an Ever Greener Union?“ (2008) 45 CML Rev 1645, 1654.

⁶⁶ Dashwood A, „The Cassis de Dijon Line of Authority“ in S. Bates, W. Finnie and J. Wildberg, *In Memoriam JDB Mitchell* (Sweet & Maxwell, 1983) p. 158.

⁶⁷ *Supra* n. 65.

⁶⁸ Opinion of Advocate General Bot in Case C-110/05 *Commission v Italy* [2009] ECR I-519 July 2008 at paragraph 111.

JURISPRUDENȚĂ



JURISPRUDENȚA INSTANȚELOR UNIUNII EUROPENE

(selecție și comentarii realizate de **Mihai BANU**)

Politica externă și de securitate comună. Măsuri restrictive împotriva anumitor persoane și entități care au legătură cu Osama ben Laden, cu rețeaua Al-Qaida și cu talibanii. Regulamentul nr. 881/2002. Înghețarea fondurilor și a resurselor economice ale unei persoane ca urmare a includerii acesteia pe o listă stabilită de un organ al Națiunilor Unite. Comitetul pentru sancțiuni. Includere ulterioară în anexa I la Regulamentul nr. 881/2002. Acțiune în anulare. Drepturi fundamentale. Dreptul de a fi ascultat, dreptul la un control jurisdicțional efectiv și dreptul la respectarea proprietății

(TUE, Camera a șaptea, hotărârea din 30 septembrie 2010, cauza T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi/Comisia Europeană*, nepublicată încă în Repertoriu)

Circumstanțele de fapt și de drept

Cauza de față reprezintă o continuare a jurisprudenței *Kadi* – hotărârea Curții de Justiție din 3 septembrie 2008 în cauzele conexe C-402/05 P și C-415/05 P, *Kadi și Al Barakaat International Foundation/Consiliul și Comisia*¹, pronunțată într-un recurs formulat împotriva

¹ Rep. 2008, p. I-6351.

hotărârii Tribunalului din 21 septembrie 2005 în cauza T-315/01, *Kadi/Consiliul și Comisia*², în care Tribunalul se pronunțase asupra unei acțiuni în anulare formulate de reclamant, Yassin Abdullah Kadi, împotriva Regulamentului nr. 881/2002³, în măsura în care regulamentul îl viza pe acela.

În hotărârea *Kadi*, Curtea anulase hotărârea Tribunalului și regulamentul atacat, reținând necesitatea asigurării de instanțele UE a unui control, în principiu complet, al legalității actelor comunitare din perspectiva drepturilor fundamentale (pct. 326 și 327); nerespectarea dreptului la apărare al recurentului, în special a dreptului de a fi ascultat (pct. 348); încălcarea dreptului la o cale de atac efectivă (pct. 349); existența unei limitări nejustificate a dreptului de proprietate al recurentului (pct. 369 și 370). În aplicarea art. 231 CE, Curtea a menținut efectele regulamentului anulat pentru o perioadă de trei luni, pentru a permite Consiliului remedierea încălcărilor constatate.

În fapt, fondurile reclamantului, resortisant saudit, om de afaceri și de finanțe, fuseseră înghețate în toată Uniunea, cu începere

² Rec. 2005, p. II-3649.

³ Regulamentul (CE) nr. 881/2002 al Consiliului din 27 mai 2002 de instituire a unor măsuri restrictive specifice împotriva anumitor persoane și entități care au legătură cu Osama ben Laden, cu rețeaua Al-Qaida și cu talibanii și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 467/2001 al Consiliului de interzicere a exportului anumitor mărfuri și servicii către Afganistan, de întărire a interdicției de zbor și de extindere a înghețării fondurilor și a altor resurse financiare în ceea ce-i privește pe talibanii din Afganistan; JO L 139, p. 9, Ediție specială, 18/vol. 1, p. 189.

din 20 octombrie 2001, inițial în temeiul Regulamentului nr. 2062/2001⁴, adoptat în urma înscrierii sale pe lista Comitetului pentru sancțiuni al Consiliului de Securitate al ONU, la 17 octombrie 2001, apoi în temeiul Regulamentului nr. 881/2002 și, în sfârșit, prin Regulamentul nr. 1190/2008 de modificare pentru a 101-a oară a Regulamentului nr. 881/2002⁵, regulamentul atacat în acțiunea de față.

Reclamantul a susținut că nu avusese vreo legătură cu terorismul, că nu îl susținuse financiar sau în alt mod și că nu fusese vreodată condamnat sau recunoscut vinovat pentru vreo infracțiune referitoare la terorism în nicio țară din lume; el a mai afirmat că fusese înscris pe lista Comitetului pentru sancțiuni la cererea Statelor Unite, în lipsa unei examinări sau evaluări, realizate în mod independent de Națiunile Unite, a afirmațiilor formulate împotriva sa de acel stat, multe dintre acelea fiind în mod vădit false.

Ulterior hotărârii *Kadi* a Curții, reprezentantul permanent al Franței la ONU, acționând în numele UE, a solicitat Comitetului pentru sancțiuni publicarea de urgență pe site-ul său a rezumatului motivelor care conduseseră la înscrierea reclamantului pe lista comitetului. Răspunsul – un rezumat al motivelor – a fost comunicat printr-o scrisoare din 21 octombrie 2008, fiind totodată autorizată comunicarea lui către reclamant și/sau avocații săi, iar ulterior, rezumatul a fost publicat și pe site-ul internet al comitetului. Rezumatul a fost transmis Comisiei Europene printr-o scrisoare din 22 octombrie 2008 a reprezentantului permanent al Franței la UE.

La 22 octombrie 2008, Comisia a transmis o scrisoare reclamantului, informându-l cu privire la faptul că, pentru motivele precizate în rezumatul furnizat de Comitetul pentru sancțiuni, anexat acelei scrisori, intenționa

⁴ Regulamentul (CE) nr. 2062/2001 al Comisiei din 19 octombrie 2001 de modificare, pentru a treia oară, a Regulamentului nr. 467/2001; JO L 277, p. 25.

⁵ JO L 322, p. 25.

adoptarea unui regulament pentru a menține înscrierea acestuia în anexa I la Regulamentul nr. 881/2002; scrisoarea avea ca obiect să ofere reclamantului posibilitatea de a prezenta observații privind motivele indicate în rezumat, înaintea adoptării deciziei finale, și a acordat reclamantului un termen de răspuns până la 10 noiembrie 2008. Reclamantul a răspuns la acea dată, solicitând Comisiei să prezinte probele care ar fi susținut afirmațiile și aserțiunile cuprinse în rezumatul motivelor, precum și documentele pertinente din dosarul Comisiei și să i se acorde o nouă posibilitate de a formula observații privind acele probe după primirea lor.

La 28 noiembrie 2008, Comisia a adoptat Regulamentul nr. 1190/2008, care a intrat în vigoare la 3 decembrie 2008 și care se aplica începând cu 30 mai 2002.

Printr-o scrisoare din 8 decembrie 2008, Comisia a răspuns observațiilor reclamantului, arătând, printre altele, că, prin transmiterea rezumatului motivelor și prin invitația de a formula observații, s-ar fi conformat hotărârii *Kadi* a Curții, că hotărârea nu i-ar fi impus „comunicarea probelor suplimentare”, că rezoluțiile Consiliului de Securitate ar fi impus o înghețare „preventivă” a activelor, întemeiată pe „motive rezonabile sau pe o bază rezonabilă care să permită să se presupună că individul sau entitatea respectivă era un terorist, care finanța terorismul sau o organizație teroristă” și, în sfârșit, că ar fi fost îndreptățită să nu ia în considerare probe prezentate de reclamant pentru a combate acuzațiile formulate împotriva sa. În concluzie, înscrierea reclamantului pe listă a fost apreciată ca justificată.

La 26 februarie 2009, reclamantul a sesizat Tribunalul cu acțiunea în anularea acelui regulament în măsura în care îl privea, invocând cinci motive: lipsa unui temei juridic suficient; încălcarea dreptului la apărare și a dreptului la o protecție jurisdicțională efectivă; încălcarea obligației de motivare (art. 253 CE); săvârșirea unei erori vădite de apreciere a faptelor; încălcarea principiului proporționalității.

Tribunalul a examinat, pentru început, problema nivelului de control jurisdicțional adecvat în speță; subsecvent, instanța a examinat al doilea și al cincilea motiv ale acțiunii.

Sușineri ale părților și soluția Tribunalului

1. Reclamantul a susținut, ca „oportun și necesar”, un nivel „aprofundat și riguros” al controlului jurisdicțional exercitat de Tribunal, făcând referire la hotărârea *Kadi* a Curții, la concluziile avocatului general Poiares Maduro pentru acea cauză, dar și la nivelul de control „complet” definit anterior de Tribunal, pentru a aprecia legalitatea măsurilor comunitare de înghețare a fondurilor adoptate în temeiul Regulamentului nr. 2580/2001⁶.

Comisia a propus două niveluri de control jurisdicțional, care să fi distins după cum măsura în cauză fusese sau nu adoptată în exercitarea unei puteri proprii, care să fi implicat o apreciere discreționară din partea Comunității. În cadrul primului nivel de control, „restrâns”, instanța UE nu ar fi putut înlocui cu propria apreciere aprecierea instituțiilor comunitare referitoare la probele, faptele și împrejurările care justificau adoptarea unei măsuri, controlul limitându-se la verificarea respectării normelor de procedură și a celor referitoare la motivare, a exactității materiale a faptelor, precum și a lipsei unei erori vădite în aprecierea faptelor și a lipsei unui abuz de putere; controlul restrâns s-ar fi aplicat, în special, aprecierii considerațiilor de oportunitate pe care se întemeia măsura de înghețare a fondurilor. Or, acel prim nivel restrâns nu s-ar fi putut transpune în speță, întrucât era în dis-

cuție un act comunitar adoptat în vederea punerii în aplicare în mod colectiv a unor sancțiuni individuale decise în mod direct împotriva unor persoane desemnate de Comitetul pentru sancțiuni; în acest caz, instituțiile comunitare ar fi obligate, în temeiul Tratatului CE, să se conformeze deciziilor aceluși comitet, instanțele UE trebuind totuși să verifice dacă adoptarea unei măsuri comunitare de executare ar fi compatibilă cu principiile constituționale ale tratatului, printre care drepturile fundamentale.

Comisia a mai susținut că, până la acel moment, Curtea nu s-ar fi pronunțat asupra nivelului controlului jurisdicțional, fiind astfel de competența Tribunalului să stabilească pentru prima dată acel nivel. Întrucât Comisia ar fi dispus de o marjă care ar fi fost deosebit de îngustă și, în realitate, s-ar fi limitat la controlul erorii absolut vădite de fapt sau de apreciere, precum o eroare privind identitatea persoanei desemnate, controlul respectării principiului constituțional al protecției jurisdicționale efective, exercitat de instanțele UE, ar fi fost limitat, acelea neputând înlocui aprecierea Comitetului pentru sancțiuni cu aprecierea Comunității în ansamblu.

Consiliul, intervenient în susținerea Comisiei⁷, a afirmat că, întrucât în hotărârea *Kadi*, Curtea ar fi constatat că nu ar fi fost în măsură să controleze legalitatea actului atacat, ea nu ar fi examinat problema întinderii sau a intensității controlului jurisdicțional și nici nu ar fi dat cea mai mică orientare în acea privință; în plus, ar fi fost admisă supremația rolului deținut de Consiliul de Securitate față de instituțiile comunitare. A fost susținută și apropierea între jurisprudența privind aprecierile complexe de care beneficiază instituțiile Comunității în anumite materii și împrejurările speței; în plus, a fost atrasă atenția asupra consecințelor mai generale ale unui control jurisdicțional aprofundat, care ar fi putut conduce la o situație în care

⁶ Hotărârea din 12 decembrie 2006, cauza T-228/02, *Organizația mujahedinilor poporului din Iran/Consiliul*, Rec. 2006, p. II-4665, pct. 154, 155 și 159 („hotărârea OMPI”); hotărârea din 23 octombrie 2008, cauza T-256/07, *People's Mojahedin Organization of Iran/Consiliul*, Rep. 2008, p. II-3019, pct. 141-143 („hotărârea PMOI I”); hotărârea din 4 decembrie 2008, cauza T-284/08, *People's Mojahedin Organization of Iran/Consiliul*, Rep. 2008, p. II-3487, pct. 74 și 75 („hotărârea PMOI II”).

⁷ Alături de Republica Franceză și de Regatul Unit.

statele membre ar fi fost supuse unor obligații concurente contradictorii, în calitatea lor de membre ale Națiunilor Unite și ale UE.

Cu titlu preliminar, Tribunalul a subliniat că, în temeiul art. 61 din Statutul Curții de Justiție, nu era ținut de chestiunile de drept soluționate de Curte prin hotărârea *Kadi* (pct. 112).

În primul rând, Tribunalul a admis posibilitatea producerii riscului de bulversare a regimului de sancțiuni instituit de Națiunile Unite în cadrul combaterii terorismului, care ar rezulta din instaurarea la nivel național sau regional a unui control jurisdicțional, făcând trimitere la „anumite dubii [...] exprimate în mediile juridice cu privire la deplina conformitate a hotărârii *Kadi* a Curții, pe de o parte, cu dreptul internațional, în special cu art. 25 și 103 din Carta Națiunilor Unite, și, pe de altă parte, cu Tratatul CE și UE [...]” și a făcut referire la art. 3 alin. (5) TUE, art. 21 alin. (1) și (2) TUE și la Declarația nr. 13 cu privire la PESC, anexată Tratatului de la Lisabona. A fost amintită apoi exercitarea de Curte⁸ a unui control jurisdicțional al conformității regimului de sancțiuni instituit de ONU cu regimul de protecție jurisdicțională a drepturilor fundamentale prevăzut de Tratatul CE și interpretarea cadrului constituțional al Tratatului CE ca fiind cel al unei ordini juridice pur autonome, nesubordonată normelor superioare ale dreptului internațional (pct. 115, 117 și 119).

Tribunalul a precizat apoi că nu intenționa să repună în discuție aspectele de drept soluționate prin decizia Curții, cu atât mai mult cu cât ea statuase în Marea Cameră și avusese în mod vădit intenția să pronunțe o hotărâre de principiu (pct. 121). A fost amintită practica divergentă a unor înalte instanțe naționale, împărțită între soluții asemănătoare hotărârilor *Kadi* a Tribunalului și a Curții (pct. 122). S-a mai arătat că dacă ar fi urmat argumentele părții și intervenienților în susținerea ei, ar fi însemnat să efectueze nu un control jurisdicțional efectiv, ci un simulacru de control, ceea

⁸ Pct. 320-325 din hotărârea *Kadi* a Curții.

ce ar fi însemnat, *de facto*, reținerea modului de abordare din hotărârea *Kadi* a Tribunalului; or, Curtea putea proceda la o răsturnare a jurisprudenței (pct. 123). Tribunalul a amintit recunoașterea de Curte⁹ a obligației instanțelor UE de a exercita un control, „în principiu complet”, din perspectiva drepturilor fundamentale, al legalității regulamentului atacat, fără a acorda unui regulament comunitar vreo imunitate de jurisdicție pentru motivul că pune în aplicare rezoluții adoptate de Consiliul de Securitate (pct. 126). Tribunalul a notat și faptul că, pe de o parte, în pofida înființării (foarte recent la data hotărârii) a unui Oficiu al Ombudsmanului, totuși Consiliul de Securitate nu considerase încă oportun să creeze un organ independent și imparțial competent să se pronunțe, în drept, precum și în fapt, asupra acțiunilor împotriva deciziilor individuale adoptate de Comitetul pentru sancțiuni, iar pe de altă parte, alegerea elementelor de probă care puteau fi comunicate persoanei interesate continuau să se afle în totalitate la discreția statului care a propus înscrierea aceluia pe lista Comitetului pentru sancțiuni și niciun mecanism nu garanta persoanei interesate că ar fi dispus de suficiente informații pentru a-i permite să se apere în mod util. În concluzie, controlul exercitat asupra măsurilor comunitare de înghețare a fondurilor nu putea fi considerat efectiv decât dacă privea, în mod indirect, aprecierile efectuate pe fond chiar de Comitetul pentru sancțiuni, precum și elementele pe care se întemeiau acestea¹⁰ (pct. 128-129).

În al doilea rând, Tribunalul a respins argumentul în sensul că hotărârea *Kadi* a Curții nu ar fi statuat asupra întinderii și intensității controlului de legalitate, amintind calificarea

⁹ *Ibidem*, pct. 326-327.

¹⁰ Hotărârea Curții Supreme a Regatului Unit din 27 ianuarie 2010, Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed Jabar Ahmed and Others (Appellants), Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed al-Ghabra (Appellant) and R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v Her Majesty's Treasury (Appellant) [2010] UKSC 2 („hotărârea Ahmed și alții”), pct. 81.

controlului ca fiind „în principiu complet” și exercitat „în conformitate cu competențele cu care [instanțele UE] sunt investite în temeiul Tratatului CE”¹¹ și respingerea explicită a tezei Tribunalului în favoarea acordării către actul atacat a unei „imunități de jurisdicție” (pct. 132); potrivit Curții, controlul includea verificarea temeiniciei actului atacat, precum și potențialele sale vicii¹² (pct. 133). Urmând hotărârea Curții¹³, Tribunalul a subliniat obligația sa de a urmări, în cadrul controlului, concilierea, pe de o parte, a preocupărilor legitime de securitate în privința naturii și surselor informațiilor care fuseseră luate în considerare pentru adoptarea actului și, pe de altă parte, a necesității de a acorda justițiabilului în suficientă măsură beneficiul normelor de procedură (pct. 134); or, Curtea a inclus în sfera controlului său jurisdicțional nu doar temeinicia aparentă a actului atacat, ci și elementele de probă și informațiile pe care se întemeiau aprecierile menționate în acel act¹⁴. Tribunalul a evidențiat preluarea de Curte în hotărârea *Kadi* a unor motive dezvoltate de Tribunal în hotărârea *OMPI*, astfel încât s-a reținut aprobarea și însușirea de Curte a nivelului și intensității controlului jurisdicțional efectuat de Tribunal în cauza menționată (pct. 135, 137-138).

În al treilea rând, Tribunalul a transpus în speță principiile hotărârii *OMPI* (pct. 139). Controlul jurisdicțional al legalității era cel prevăzut la art. 230 al doilea paragraf CE¹⁵. În pofida existenței unei largi puteri de apreciere a instituției comunitare în contextul adoptării unor sancțiuni economice și financiare pe temeiul art. 60 CE, art. 301 CE

și art. 308 CE¹⁶, totuși, instanța era chemată nu doar să verifice exactitatea materială a elementelor de probă invocate, credibilitatea și coerența lor, ci să controleze și dacă acele elemente constituiau toate datele pertinente care trebuiau luate în considerare pentru a aprecia situația și dacă erau de natură să susțină concluziile care erau desprinse din acelea; în cadrul controlului, instanța nu putea înlocui însă aprecierea cu privire la oportunitate formulată de instituția comunitară competentă cu propria apreciere¹⁷. Tribunalul trebuia să vegheze la respectarea dreptului la apărare și a cerinței de motivare, precum și, dacă era cazul, la temeinicia considerațiilor imperative invocate cu titlu de excepție de instituția comunitară pentru a justifica încălcarea aceloră; controlul constituia singura garanție procedurală care permitea asigurarea unui just echilibru între cerințele de combatere a terorismului internațional și protecția drepturilor fundamentale¹⁸. În plus, instanței nu i se poate opune secretul sau confidențialitatea elementelor de probă și a informațiilor folosite de instituția comunitară, situație care ar aduce atingere dreptului fundamental al reclamantului la un control jurisdicțional efectiv¹⁹. În sfârșit, Tribunalul a reamintit că nu a considerat necesar să se pronunțe asupra problemei distincte dacă reclamantul și/sau săi avocații puteau primi comunicarea elementelor de probă și a informațiilor a căror confidențialitate era pretinsă sau dacă comunicarea lor trebuia rezervată doar Tribunalului²⁰ (pct. 140-147).

Au fost adăugate, în al patrulea rând, considerații fondate pe natura și pe efectele măsurilor de înghețare a fondurilor: acele măsuri au fost calificate a fi „deosebit de opresive”, reclamantul fiind supus, timp de aproape zece

¹¹ Pct. 326 din hotărârea *Kadi*.

¹² *Ibidem*, pct. 336, unde se trimite la hotărârea Curții din 28 iunie 2005, cauzele conexe C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P și C-213/02 P, *Dansk Rørindustri și alții/Comisia*, Rec. 2005, p. I-5425, pct. 462.

¹³ Pct. 342-344.

¹⁴ Hotărârea CEDO, *Chahal împotriva Regatului Unit* din 15 noiembrie 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-V, § 131; hotărârea Curții din 29 iunie 2010, cauza C-550/09, *E și F*, nepublicată încă în Rep., pct. 57.

¹⁵ Pct. 153 din hotărârea *OMPI*.

¹⁶ Hotărârea *PMOI I*, pct. 138; hotărârea *PMOI II*, pct. 55; hotărârea din 30 septembrie 2009, cauza T-341/07, *Sison/Consiliul*, Rep. 2009, p. II-3625, pct. 98.

¹⁷ Hotărârea Curții din 22 noiembrie 2007, cauza C-525/04 P, *Spania/Lenzing*, Rep. 2007, p. I-9947, pct. 57.

¹⁸ Pct. 155 din hotărârea *OMPI*.

¹⁹ Pct. 78 din Hotărârea *PMOI II*.

²⁰ Pct. 158 din Hotărârea *OMPI*.

ani, unui regim care îi indisponibiliza pe durată nelimitată toate fondurile și activele, de care nu putea dispune în lipsa unei derogări obținute de la Comitetul pentru sancțiuni, astfel încât limitarea folosinței dreptului de proprietate era considerabilă²¹. Tribunalul a trimis și la o hotărâre a Curții Supreme din Regatul Unit²² care a apreciat că astfel de persoane ar fi fost în fapt „prizonierile” autorităților statului, întrucât libertatea de mișcare a lor era drastic limitată întrucât nu aveau acces la fondurile lor, iar efectele înghețării fondurilor puteau fi copleșitoare pentru persoanele în cauză și pentru familiile lor. Pe de altă parte, Tribunalul s-a referit la posibilitatea reexaminării aprecierii anterioare a instanțelor UE²³ în sensul în care înghețarea fondurilor reprezenta o măsură asigurătorie care, spre deosebire de o confiscare, nu aducea atingere înseși esenței dreptului de proprietate, ci doar dreptului de utilizare asupra activelor financiare. La scara unei vieți de om, 10 ani reprezenta de fapt o durată considerabilă, iar calificarea măsurilor respective drept preventive sau represive, asigurătorii sau de confiscare, civile sau penale, părea a fi „de acum înainte” o întrebare deschisă. Aprecierea a fost susținută și printr-un raport din 2 septembrie 2009 al Înalțului Comisar al Națiunilor Unite pentru Drepturile Omului către Adunarea Generală a ONU²⁴ (pct. 148-150).

2. Tribunalul a examinat ulterior al doilea motiv – încălcarea dreptului la apărare și a dreptului la o protecție jurisdicțională efectivă.

Reclamantul a susținut caracterul fundamental al acelor drepturi, invocând cinci argumente. În primul rând, în pofida hotărârii *Kadi* a Curții (pct. 352), nici Regulamentul nr. 881/2002, nici regulamentul atacat nu ar

fi prevăzut vreo procedură pentru comunicarea probelor pe care se întemeia decizia de înghețare a activelor sau pentru a-i permite reclamantului să formuleze observații privind acele probe. În al doilea rând, transmiterea rezumatului motivelor nu ar fi îndeplinit cerințele unei proceduri echitabile și ale unei protecții jurisdicționale efective, întrucât acel rezumat ar fi conținut afirmații generale, lipsite de temeii, vagi și imprecise, reclamantul neputând combate acuzațiile aduse și neputând să își facă cunoscut punctul de vedere în mod util. În al treilea rând, Comisia ar fi interpretat și aplicat în mod greșit hotărârea *Kadi* a Curții, considerând drept criterii aplicabile unei decizii de înghețare a fondurilor existența unor „motive rezonabile” sau a unei „baze rezonabile”, fără a prezenta persoanei interesate probele care susțineau presupunerea sau convingerea. În al patrulea rând, potrivit hotărârii *Kadi* a Curții, era eronată invocarea de Comisie a „caracterului preventiv” al măsurilor de înghețare a fondurilor, caracterul inoportun și gravitatea măsurii, precum și încălcarea gravă a drepturilor fundamentale ale persoanei interesate impunând o mai mare protecție procedurală. În al cincilea rând, absența prezentării unor motive credibile pentru care divulgarea scrisorii reprezentantului permanent al Franței la UE sau a oricărui alt element de probă privind reclamantul ar fi prejudiciat relațiile internaționale ale Uniunii.

Comisia a susținut respectarea dreptului de a fi ascultat, reclamantului dându-i-se posibilitatea de a-și fi prezentat argumentele în cursul procedurii de adoptare a regulamentului atacat. Întrucât ar fi fost ascultat în mod efectiv în cursul procedurii administrative, reclamantul ar fi fost pe deplin în măsură să conteste motivarea regulamentului atacat în cadrul acțiunii, în conformitate cu dreptul lui la o protecție jurisdicțională efectivă. O poziție asemănătoare a fost susținută și de Consiliu.

Tribunalul a constatat că, în mod evident, dreptul la apărare al reclamantului fusese „respectat” doar în mod pur formal și superfi-

²¹ Pct. 358 din Hotărârea *Kadi* a Curții.

²² Hotărârea *Ahmed și alții*, pct. 60 și 192.

²³ Hotărârea *Kadi* a Tribunalului, pct. 248; hotărârea *Kadi* a Curții, pct. 358.

²⁴ Report [...] on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, documentul A/HRC/12/22, pct. 42.

cial, întrucât Comisia a considerat în realitate că ar fi fost obligată să respecte cu strictețe aprecierile Comitetului pentru sancțiuni și, prin urmare, nu intenționase în niciun moment să le repună în discuție în lumina observațiilor reclamantului și nu luase în considerare în mod corespunzător opinia exprimată de persoana interesată, astfel încât aceia nu i-a fost dată posibilitatea de a-și exprima în mod util punctul de vedere. Procedura Comisiei nu i-a acordat reclamantului niciun acces, chiar și minim, la elementele de probă reținute împotriva sa²⁵. Tribunalul a reținut că puținele informații și afirmațiile vagi care figurau în rezumatul motivelor păreau a fi în mod vădit insuficiente pentru a-i fi permis reclamantului să combată în mod eficient acuzațiile formulate împotriva sa (pct. 171-174).

În sensul jurisprudenței CEDO²⁶, în situația unei persoane private de libertate din cauza existenței unui motiv rezonabil pentru a o bănuși că a comis o infracțiune, echitatea procedurii garantată de art. 5 alin. (4) din CEDO impunea să i se ofere posibilitatea de a contesta în mod util afirmațiile formulate împotriva sa, ceea ce presupune în general comunicarea tuturor elementelor incriminatorii; CEDO a apreciat de la caz la caz caracterul suficient sau insuficient, pentru exercitarea dreptului la apărare, al informațiilor și elementelor de probă comunicate reclamantilor (pct. 176). În concluzie, Tribunalul a reținut că regulamentul fusese adoptat cu încălcarea dreptului la apărare al reclamantului. Pe de altă parte, posibilitatea aceluia din urmă de a fi ascultat de Comitetul pentru sancțiuni, în vederea obținerii radierii sale de pe lista acestui comitet, nu putea remedia în mod vădit încălcarea dreptului său la apărare²⁷ (pct. 179-180).

²⁵ Hotărârea *Kadi* a Curții, pct. 342-344.

²⁶ Hotărârea *A. și alții împotriva Regatului Unit* din 19 februarie 2009, nepublicată încă în Recueil des arrêts et décisions.

²⁷ Hotărârea *Kadi* a Curții, pct. 319-325; concluziile avocatului general Poiares Maduro în cauză, pct. 51.

A fost săvârșită și o încălcare a dreptului la o cale de atac efectivă, întrucât, în lipsa oricărui acces util la informațiile și la elementele de probă, reclamantul nu a putut să își apere drepturile în condiții satisfăcătoare în fața instanței UE. Tribunalul a mai reținut că încălcarea constatată de Curte în hotărârea *Kadi* nu fusese încă remediată (pct. 181-182).

Tribunalul a concluzionat că nu era în măsură să controleze legalitatea regulamentului atacat și, în consecință, că nu fusese respectat dreptul fundamental la o cale de atac efectivă de care beneficia reclamantul, alături de încălcarea dreptului la apărare și a principiului protecției juridice efective (pct. 183-184).

3. În încheiere a fost examinat al cincilea motiv – încălcarea principiului proporționalității.

Reclamantul a susținut că atingerea adusă dreptului său de proprietate prin regulamentul atacat ar fi fost și mai gravă decât cea care decurgea din Regulamentul nr. 881/2002, astfel încât limitarea impusă prin regulamentul atacat nu ar fi fost justificată.

Comisia a susținut că împrejurările din speță ar fi fost diferite de cele din cauza *Kadi* a Curții; ea a mai arătat că în corespondența sa cu reclamantul i-a amintit posibilitatea de a se adresa direct Comitetului pentru sancțiuni și că i-ar fi dat posibilitatea să își apere cauza în fața autorităților Uniunii.

Tribunalul a făcut trimitere la concluziile reținute în privința celui de-al doilea motiv, calificând ca limitare nejustificată a dreptului de proprietate impunerea măsurilor restrictive, realizată prin regulamentul atacat²⁸ (pct. 192-193).*

²⁸ Hotărârea Curții din 3 decembrie 2009, cauzele conexe C-399/06 P și C-403/06 P, *Hassan și Ayadi/Consiliul și Comisia*, Rep. 2009, p. I-11393, pct. 93; Hotărârea *Kadi* a Curții, pct. 370.

* Notă: Comisia (13 decembrie 2010, cauza C-584/10 P), Consiliul (16 decembrie 2010, cauza C-593/10 P), respectiv Regatul Unit (16 decembrie 2010, cauza C-595/10 P) au formulat recursuri împotriva hotărârii Tribunalului, solicitând anularea ei; printr-o ordonanță a președintelui Curții din 9 februarie 2011, cele trei cauze au fost conexe.

Securitate socială. Libera prestare a serviciilor. Asigurare în caz de boală. Îngrijiri spitalicești acordate în alt stat membru. Autorizație prealabilă. Condiții de aplicare a art. 22 alin. (2) al doilea paragraf din Regulamentul (CEE) nr. 1408/71. Modalități de rambursare către asigurat a cheltuielilor medicale efectuate în alt stat membru. Obligația unei instanțe inferioare de a respecta instrucțiunile formulate de o instanță superioară

(CJ), Marea Cameră, hotărârea din 5 octombrie 2010, cauza C-173/09, *Georgi Ivanov Elchinov/Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, nepublicată încă în Repertoriu)

Circumstanțele de fapt și de drept

Litigiul din acțiunea principală privea un refuz al Casei Naționale pentru Asigurări de Sănătate din Bulgaria de a-i elibera reclamantului, dl Elchinov, o autorizație pentru primirea de îngrijiri spitalicești într-un alt stat membru (Germania), formularul E 112.

Reclamantul a atacat decizia de refuz la Tribunalul Administrativ din Sofia, care, prin sentința din 13 august 2007, a anulat decizia atacată, considerând că erau îndeplinite condițiile de acordare a autorizației în sensul art. 22 alin. (2) din Regulamentul nr. 1408/71¹.

¹ Regulamentul (CEE) nr. 1408/71 al Consiliului din 14 iunie 1971 privind aplicarea regimurilor de securitate socială în raport cu lucrătorii salariați, cu lucrătorii care desfășoară activități independente și cu familiile acestora care se deplasează în cadrul Comunității, modificat și actualizat prin Regulamentul (CE) nr. 118/97 al Consiliului din 2 decembrie 1996 (JO 1997, L 28, p. 1, Ediție specială, 05/vol. 4, p. 35), modificat prin Regulamentul (CE) nr. 1992/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 18 decembrie 2006 (JO L 392, p. 1, Ediție specială, 05/vol. 8, p. 288).

Casa Națională pentru Asigurări de Sănătate a declarat recurs împotriva deciziei la Curtea Supremă Administrativă, care, prin hotărârea din 4 aprilie 2008, a anulat sentința tribunalului și a trimis cauza spre rejudecare la o altă cameră a respectivului tribunal. În cadrul noii examinări a cauzei, tribunalul a ajuns la soluția inițială (anulată de Curtea Supremă Administrativă).

În drept, art. 224 Codul de procedură administrativă bulgar dispunea că instrucțiunile Curții Supreme Administrative privitoare la interpretarea și la aplicarea dreptului erau obligatorii cu ocazia examinării ulterioare a cauzei.

Tribunalul a sesizat Curtea de Justiție cu șapte întrebări, care, cu excepția întrebării a treia, au avut ca obiect interpretarea art. 49 CE și a art. 22 din Regulamentul nr. 1408/71. Întrebarea a treia avea următoarea formulare: „Trebuie, ținând cont de principiul autonomiei procedurale, ca instanța națională să se conformeze indicațiilor obligatorii date de instanța ierarhic superioară cu ocazia anulării hotărârii sale și a trimiterii cauzei spre rejudecare, atunci când există motive să se presupună că aceste indicații încalcă dreptul comunitar?”.

Soluția Curții de Justiție

Curtea a examinat pentru început a treia întrebare². Pentru început, s-a reținut că instanța de trimitere a exprimat nelămuriri cu privire la interpretarea acelor dispoziții de drept al UE realizată de instanța administrativă supremă, fiind ridicată problema dacă instanța de prim grad avea obligația să respecte dezlegarea dată problemelor de drept de către instanța superioară, atunci când avea motive să considere că acea dezlegare nu era conformă cu dreptul UE; s-a făcut trimitere la

² Prezentăm în continuare doar răspunsul la această întrebare.

art. 224 Codul de procedură administrativă bulgar (pct. 21-22).

Curtea a precizat, în primul rând, că existența unei norme de procedură naționale nu putea să pună în discuție posibilitatea instanțelor naționale care nu se pronunțau în ultimă instanță de a sesiza Curtea cu o cerere preliminară atunci când aveau nelămuriri cu privire la interpretarea dreptului UE; art. 267 TFUE conferă instanțelor naționale cea mai largă posibilitate de a sesiza Curtea, iar acelea sunt libere să exercite acea opțiune în orice moment al procedurii pe care îl consideră adecvat (pct. 25-26).

O normă de drept național în temeiul căreia instanțele care nu se pronunțau în ultimă instanță erau obligate să respecte aprecierile realizate de instanța superioară nu putea retrage acelor instanțe posibilitatea de a o sesiza cu întrebări privitoare la interpretarea dreptului UE care face obiectul acestor aprecieri în drept. Instanța inferioară trebuia să fie liberă, în special în cazul în care considera că aprecierea juridică efectuată de instanța superioară ar putea să o determine să pronunțe o hotărâre contrară dreptului UE, să sesizeze Curtea cu întrebări preliminare; în temeiul art. 267 al doilea paragraf TFUE dispunea de o posibilitate, iar nu de o obligație de a sesiza Curtea, anterior neaplicării, dacă era cazul, a instrucțiunilor unei instanțe superioare care s-ar dovedi contrarii dreptului UE (pct. 27-28).

În al doilea rând, instanța UE a amintit că o hotărâre cu titlu preliminar obliga instanța

națională în ce privește interpretarea sau validitatea actelor de drept al UE pentru soluționarea litigiului din acțiunea principală; instanța națională era obligată să respecte interpretarea dată de Curte dreptului UE și, dacă era cazul, era obligată să înlăture aprecierile instanței superioare în situația în care, având în vedere interpretarea menționată, considera că acele aprecieri nu erau conforme cu dreptul UE (pct. 29-30).

În al treilea rând, instanța națională care trebuia să aplice, în cadrul competenței sale, dispozițiile de drept al UE avea obligația de a asigura efectul deplin al acelor dispoziții, înlăturând, din oficiu dacă era necesar, aplicarea oricărei dispoziții contrare a legislației naționale, respectiv, în speță, norma de procedură națională, fără a trebui să solicite sau să aștepte eliminarea prealabilă a dispoziției naționale pe cale legislativă sau prin orice alt procedeu constituțional (pct. 31).

În concluzie, Curtea de Justiție a răspuns că dreptul UE se opunea ca o instanță națională, căreia îi revenea sarcina de a se pronunța asupra unei cauze după trimiterea spre judecare dispusă de o instanță superioară sesizată cu recurs, să fi avut obligația să respecte, în conformitate cu dreptul procesual național, dezlegarea dată problemelor de drept de către instanța superioară, în cazul în care instanța inferioară considera, având în vedere interpretarea pe care a solicitat-o Curții, că acea dezlegare nu era conformă cu dreptul UE (pct. 32).

Cooperare judiciară în materie civilă. Materie matrimonială și materia răspunderii părintești. Convenția de la Haga din 25 octombrie 1980 asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii. Regulamentul (CE) nr. 2201/2003. Copii ai căror părinți nu sunt căsătoriți. Drepturile tatălui privind încredințarea. Interpretarea noțiunii «încredințare». Principii generale ale dreptului și Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene

(CJ), Camera a treia, hotărârea din 5 octombrie 2010, cauza C-400/10 PPU, *J. McB./L. E.*, nepublicată încă în Repertoriu)

Circumstanțele de fapt și de drept

În fapt, litigiul din acțiunea principală avea ca părți pe dl McB., cetățean irlandez, tatăl a trei copii, și pe dna E., mama acelora, care avea cetățenie britanică, iar ca obiect înapoierea în Irlanda a acelor copii, aflați la data acțiunii principale împreună cu mama lor în Anglia; dl McB. și dna E. formaseră un cuplu necăsătorit, care locuiseră împreună ultima oară, cu începere din noiembrie 2008, în Irlanda. În iulie 2009, mama părăsise împreună cu copiii locuința familială pentru a se stabili în Anglia.

Potrivit dreptului irlandez, tatăl natural al unui copil nu avea, prin efectul legii, drepturi privind încredințarea. În plus, faptul că părinții necăsătoriți locuiseră împreună și că tatăl participase activ la educația copilului nu conferea ca atare aceluia drepturi privind încredințarea. Cu toate acestea, potrivit legii, instanța putea, printr-o hotărâre pronunțată la cererea tatălui, să îl desemneze ca tutore al minorului. De asemenea, dreptul de a solicita

încredințarea copilului și dreptul de vizită se extindea și în favoarea tatălui care nu era tutore al minorului. În sfârșit, orice persoană interesată putea formula o cerere prin care instanța putea să declare că deplasarea sau reținerea unui copil în afara țării constituia, în cazul unei deplasări sau rețineri într-un stat membru, o deplasare sau o reținere ilicită sau, în orice alt caz, ilicită, în sensul Convenției de la Haga din 1980 asupra aspectelor civile ale răpirii internaționale de copii.

În decembrie 2009, dl McB. a introdus o acțiune la High Court (Irlanda) prin care urmărea obținerea, pe de o parte, a unei hotărâri sau a unei atestări prin care să se constate caracterul ilicit, în sensul Convenției de la Haga, al deplasării celor trei copii ai săi, în iulie 2009, și, pe de altă parte, a unor drepturi privind încredințarea.

Printr-o hotărâre din 28 aprilie 2010, High Court a respins prima dintre aceste cereri, motivând că tatăl nu dispunea de drepturi privind încredințarea copiilor la data deplasării lor, astfel încât deplasarea nu era ilicită în sensul Convenției de la Haga sau al Regulamentului nr. 2201/2003¹.

Tatăl a atacat hotărârea la Supreme Court, instanța de trimitere, care a arătat că în iulie 2009 tatăl nu dispunea de drepturi privind încredințarea în privința copiilor săi, în sensul dispozițiilor Convenției de la Haga și că art. 2 pct. 9 din Regulamentul nr. 2201/2003 definea noțiunea „încredințare”, în scopul introducerii cererilor de înapoiere a copiilor dintr-un stat membru în altul în temeiul Convenției de la Haga [„încredințare” înseamnă drepturile și obligațiile privind îngrijirea persoanei unui copil, în special dreptul de a de-

¹ Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia răspunderii părintești, de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1347/2000 (JO L 338, p. 1, Ediție specială, 19/vol. 6, p. 183).

cide asupra locului său de reședință”]. În plus, instanța națională a mai arătat că nici regulamentul, nici art. 7 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene nu ar presupune că trebuia să se considere în mod necesar că tatăl natural al unui copil dispunea în privința aceluia de drepturi privind încredințarea, în vederea determinării caracterului ilicit sau licit al deplasării copilului, în lipsa unei decizii judecătorești care să îi fi conferit asemenea drepturi.

Instanța de trimitere a adresat Curții de Justiție o întrebare preliminară care avea ca obiect stabilirea posibilității, în sensul Regulamentului nr. 2201/2003, interpretat potrivit art. 7 din cartă „sau în alt mod”, ca un stat membru să impună prin dreptul național tatălui natural obținerea unei hotărâri judecătorești de încredințare a copilului, astfel încât deplasarea acelui copil din țara în care avea reședința obișnuită să fie considerată ilicită în sensul art. 2 pct. 11 din regulament.

Soluția Curții de Justiție

1. Pentru început a fost examinată excepția de inadmisibilitate a cererii preliminare, ridicată de Comisia Europeană și de guvernul german, care au susținut că acțiunea principală nu ar fi privit înapoierea copiilor, în temeiul art. 11 din Regulamentul nr. 2201/2003, ci obținerea, prealabil înapoierii, a unei hotărâri care să ateste caracterul ilicit al deplasării copiilor, conform art. 15 din Convenția de la Haga, astfel încât cauza ar fi privit convenția, iar nu regulamentul.

Curtea de Justiție a respins susținerile de inadmisibilitate, subliniind, pe de o parte, competența instanței naționale de a aprecia necesitatea unei hotărâri preliminare și relevanța întrebărilor adresate instanței UE, iar, pe de altă parte, obligația Curții de a se pronunța. În al doilea rând, prezumția de relevanță a în-

trebărilor preliminare putea fi înlăturată doar în cazuri excepționale (pct. 32-34).

Subsecvent, Curtea a reținut că interpretarea solicitată de instanța de trimitere nu părea lipsită de relevanță din perspectiva deciziei pe care aceea urma a o pronunța. S-a arătat că instanța de trimitere considera că avea nevoie de interpretarea Regulamentului nr. 2201/2003, în special a art. 2 pct. 11 din acela; din dreptul național reieșea că, atunci când, în cazul deplasării unui copil într-un alt stat membru, un reclamant solicita unei instanțe naționale să pronunțe o hotărâre sau să emită o de atestare conform art. 15 din Convenția de la Haga, aspectul asupra căruia trebuia să se pronunțe instanța era caracterul licit al deplasării în raport cu art. 2 din Regulamentul nr. 2201/2003. În plus, în temeiul art. 60 din regulament, în relațiile dintre statele membre, regulamentul prelua asupra convenției, în măsura în care aceasta din urmă privea materiile reglementate de regulament. Sub rezerva supremației regulamentului, convenția continua să producă efecte între statele membre care erau părți contractante la aceasta. Prin urmare, răpirile de copii dintr-un stat membru către un altul intrau sub incidența acelei convenții, completată de regulament (pct. 35-36).

2. În privința fondului, primul aspect reținut de Curte a fost caracterul autonom în raport cu dreptul statelor membre al noțiunii „încredințare” definită de regulament; rezulta atât din cerințele aplicării uniforme a dreptului UE, cât și din principiul egalității că termenii unei dispoziții a dreptului UE care nu făceau nicio trimitere expresă la dreptul statelor membre pentru a stabili sensul și domeniul de aplicare ale aceleia trebuiau în mod normal să primească, în toată Uniunea, o interpretare autonomă și uniformă pe temeiul contextului dispoziției și al obiectivului său².

² Hotărârea din 17 iulie 2008, cauza C-66/08, *Kozłowski*, Rep. 2008, p. I-6041, pct. 42.

Astfel, în sensul regulamentului, încredințarea presupunea, în orice caz, dreptul titularului de a decide locul de reședință al copilului (pct. 41).

În sens contrar, desemnarea titularului drepturilor privind încredințarea nu era stabilită de regulament, ci de regimul național; potrivit art. 2 pct. 11 lit. a) din regulament, caracterul ilicit sau licit al deplasării unui copil depindea de existența „unei încredințări dobândite printr-o hotărâre judecătorească, printr-un act cu putere de lege sau printr-un acord în vigoare în temeiul legislației statului membru în care copilul își avea reședința obișnuită imediat înaintea deplasării sau reținerii sale”. Dreptul statelor membre era cel care determina condițiile în care tatăl natural dobânda în privința copilului său drepturi privind încredințarea, în sensul art. 2 pct. 9 din regulament, dacă era cazul condiționând dobândirea acelor drepturi de obținerea unei decizii a instanței naționale competente (pct. 42-44).

În al treilea rând, Curtea a examinat efectul art. 7 din Carta drepturilor fundamentale a UE asupra interpretării regulamentului; Curtea a stabilit că în cauză era interpretarea regulamentului (din perspectiva competențelor naționale) referitor la respectarea drepturilor fundamentale ale tatălui natural și ale copiilor săi. Instanța UE a mai arătat că trebuia ținut seama de cartă doar în scopul interpretării regulamentului, fără a se face o apreciere a dreptului național ca atare (pct. 49, 51-52).

A fost menționat argumentul reclamantului din acțiunea principală în sensul căruia deplasarea unui copil de către mama sa fără știrea tatălui natural ar fi ilicită în raport cu Convenția de la Haga și cu regulamentul, în condițiile în care tatăl ar fi locuit cu copilul său, precum și cu mama aceluia, fără a fi căsătorit, și ar fi participat activ la educația acestui copil; interpretarea contrară nu ar fi compatibilă nici cu dreptul său la respectarea

vieții private și de familie, consacrat la art. 7 din cartă și la art. 8 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale („CEDO”), nici cu drepturile copilului, prevăzute la art. 24 din aceeași cartă. În scopul aplicării regulamentului, „încredințarea” ar fi trebuit interpretată în sensul că aceasta ar fi dobândită de drept de către tatăl natural într-o situație în care acela și copiii săi duceau o viață de familie la fel ca într-o familie bazată pe căsătorie. Interpretarea contrară ar fi lipsit de orice efect util drepturile tatălui.

Instanța de trimitere a arătat că, potrivit dreptului național, tatăl natural nu dispunea în privința copilului său de drepturi privind încredințarea, cu excepția cazului în care acestea îi fuseseră conferite printr-un acord încheiat între părinți sau printr-o decizie judecătorească, în timp ce astfel de drepturi reveneau din oficiu mamei, fără a fi fost necesar să îi fi fost acordate.

Curtea a făcut trimitere la regulile de la art. 51 alin. (1) și (2) din cartă, iar apoi, pentru a stabili înțelesul și întinderea art. 7 din cartă, la art. 52 alin. (3): instanța UE a reținut că textul art. 8 par. 1 din CEDO era identic cu cel al art. 7 din cartă, cu excepția faptului că acela utiliza termenii „corespondenței sale” în loc de „comunicațiilor”; art. 7 din cartă urma a primi interpretarea dată în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului³ (pct. 51, 53).

Or, potrivit Curții Europene a Drepturilor Omului o legislație națională care acorda, de drept, autoritatea părintească în privința unui astfel de copil numai mamei acestuia nu era contrară art. 8 din CEDO interpretat în lumina Convenției de la Haga din 1980, în măsura în care legislația respectivă îi permitea tatălui copilului, care nu deținea

³ Hotărârea din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, *Varec*, Rep. 2008, p. I-581, pct. 48.

autoritatea părintească, să solicite instanței naționale competente modificarea atribuirii acelei autorități⁴. De aici, Curtea de Justiție a subliniat că, în scopul aplicării regulamentului pentru a determina caracterul licit al deplasării unui copil care era dus într-un alt stat membru de către mama sa, tatăl natural al copilului trebuia să aibă dreptul de a se adresa instanței naționale competente, anterior deplasării, pentru a solicita să îi fie acordate drepturi privind încredințarea, ceea ce constituia însăși esența dreptului unui tată natural la viață privată și de familie (pct. 54-55).

Posibilitatea de a recunoaște tatălui natural drepturi privind încredințarea copilului în temeiul art. 2 pct. 11 din regulament, în pofida faptului că dreptul național nu îi conferea astfel de drepturi, intra în conflict cu cerințele securității juridice și cu necesara protecție a drepturilor și a libertăților celorlalți, în sensul art. 52 alin. (1) din cartă, în speță ale mamei, și, în plus, risca să încalce art. 51 alin. (2) din cartă (pct. 59).

Pe de altă parte, Curtea a făcut trimitere la interesul superior al copilului și la de dreptul fundamental al unui copil de a întreține cu regularitate relații personale și contacte directe cu ambii părinți (art. 24 alin. (2), respectiv alin. (3) din cartă), astfel încât, în consecință, dispozițiile regulamentului nu puteau fi inter-

pretate astfel încât să contravină aceluși drept fundamental, a cărui respectare se confunda în mod incontestabil cu interesul superior al copilului⁵. Curtea a precizat că trebuia verificată conformitatea interpretării regulamentului (în sensul competențelor naționale) în raport cu art. 24 din cartă (pct. 60-61).

În acel context, Curtea a subliniat marea diversitate a relațiilor în afara căsătoriei și a relațiilor dintre părinți și copii, diversitate manifestată printr-o recunoaștere diferențiată a întinderii și a împărțirii răspunderilor părintești în statele membre. În concluzie, art. 24 din cartă nu se opunea posibilității ca, în scopul aplicării Regulamentului nr. 2201/2003, drepturile privind încredințarea să fi fost acordate, în principiu, exclusiv mamei și ca un tată natural să nu fi dispus de drepturi privind încredințarea decât în temeiul unei decizii judecătorești. O astfel de cerință permitea instanței naționale competente să ia o decizie cu privire la încredințarea copilului, precum și cu privire la drepturile de vizită în privința aceluia, ținând seama de toate datele relevante, în special de circumstanțele legate de nașterea copilului, de natura relației dintre părinți, de cea dintre fiecare dintre părinți și copil, precum și de capacitatea fiecăruia dintre părinți de a-și asuma sarcina îngrijirii; luarea în considerare a acelor date era de natură să protejeze interesul superior al copilului (pct. 62).

⁴ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Decizia *Guichard împotriva Franței* din 2 septembrie 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-X; Decizia *Balbontin împotriva Regatului Unit* din 14 septembrie 1999, cererea nr. 39067/97.

⁵ Hotărârea din 23 decembrie 2009, cauza C-403/09 PPU, *Detiček*, Rep. 2009, p. I-12193, pct. 53-55.

Acțiune în anulare.

Decizia nr. 2008/633/JAI. Acces la Sistemul de informații privind vizele (VIS) în vederea consultării de către autoritățile desemnate ale statelor membre și de către Europol în scopul prevenirii, depistării și cercetării infracțiunilor de terorism și a altor infracțiuni grave. Dezvoltare a dispozițiilor acquis-ului Schengen. Excluderea Regatului Unit de la procedura de adoptare a deciziei. Validitate

(CJ), Marea Cameră, hotărârea din 26 octombrie 2010, cauza C-482/08, *Regatul Unit/Consiliul Uniunii Europene*, nepublicată încă în Repertoriu)

Circumstanțele de fapt și de drept

La 6 noiembrie 2008, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord a sesizat Curtea de Justiție cu o acțiune în anularea Deciziei nr. 2008/633/JAI a Consiliului din 23 iunie 2008 privind accesul la Sistemul de informații privind vizele (VIS) în vederea consultării de către autoritățile desemnate ale statelor membre și de către Europol în scopul prevenirii, depistării și cercetării infracțiunilor de terorism și a altor infracțiuni grave¹, considerând că excluderea sa de la adoptarea deciziei ar fi constituit o încălcare a normelor fundamentale de procedură și/sau o încălcare a Tratatului UE în sensul art. 35 alin. (6) UE.

În fapt, la 30 noiembrie 2005, Comisia Europeană a prezentat Consiliului o propunere de decizie privind accesul la datele VIS în scopul prevenirii, depistării și cercetării infracțiunilor de terorism și a altor infracțiuni grave

¹ JO L 218, p. 129.

[COM(2005) 600], în privința căreia, în cursul dezbaterilor din Consiliu, Irlanda și Regatul Unit au susținut că aveau dreptul să participe la adoptarea și la aplicarea ei, decizia neputând fi considerată o măsură întemeiată pe acquis-ul Schengen. Ele au declarat și că temeiul juridic nu s-ar fi încadrat în domeniul acquis-ului Schengen aplicabil vizelor de scurtă ședere și că aceasta nu ar fi justificat excluderea lor de la aplicarea măsurii respective. Cele două state au susținut că ar fi trebuit să li se acorde acces direct și total la VIS. La 23 iunie 2008, Consiliul a adoptat Decizia nr. 2008/633 fără ca Regatul Unit să fi fost admis să participe la adoptarea ei.

Sușineri ale părților

Statul reclamant a susținut, în primul rând, că decizia atacată nu ar fi reprezentat o dezvoltare a dispozițiilor acquis-ului Schengen la care nu participa, mai precis o dezvoltare a politicii comune în domeniul vizelor, ci o măsură de cooperare polițienească, argument susținut și de alegerea de către Consiliu a art. 30 alin. (1) lit. b) UE și art. 34 alin. (2) lit. c) UE ca temei juridic.

În al doilea rând, s-a susținut că decizia atacată nu ar fi identificat dispozițiile acquis-ului Schengen pe care l-ar fi dezvoltat; nici obiectivul, nici conținutul deciziei nu ar fi demonstrat că aceea ar fi putut fi calificată drept o dezvoltare a dispozițiilor acquis-ului referitoare la politica comună în domeniul vizelor. Deși Regulamentul VIS² și Decizia nr. 2008/633 ar fi putut fi complementare, ele ar fi fost distincte din punct de vedere juridic și fiecare act ar fi putut fi examinat separat raportat la criteriile formulate în

² Regulamentul (CE) nr. 767/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 9 iulie 2008 privind Sistemul de informații privind vizele (VIS) și schimbul de date între statele membre cu privire la vizele de scurtă ședere (Regulamentul VIS); JO L 218, p. 60.

jurisprudența Curții pentru a stabili dacă era vorba despre un act întemeiat pe acquis-ul Schengen. Deși decizia atacată urmărea completarea Regulamentului VIS, nu s-ar fi putut totuși prezuma că decizia ar fi fost un act întemeiat pe acquis-ul Schengen.

În al treilea rând, temeiul juridic al deciziei atacate l-ar fi constituit dispozițiile titlului VI din Tratatul UE care priveau cooperarea polițienească și judiciară în materie penală; decizia nu ar fi putut constitui în același timp o dezvoltare a politicii comune în domeniul vizelor care făcea obiectul titlului IV din Tratatul CE.

În al patrulea rând, statul reclamant a precizat că nu ar fi existat vreo dificultate practică sau juridică pentru a participa parțial la VIS, că accesul său la datele VIS în scopurile prevăzute de decizie nu ar constitui o amenințare pentru coerența sistemului mai mult decât reprezenta accesul de care beneficia Europol și că, prin acțiunea sa, nu ar fi urmărit în niciun fel să se opună participării Republicii Islanda, a Regatului Norvegiei sau a Confederației Elvețiene la decizia privind accesul autorităților polițienești la VIS.

Consiliul a susținut calificarea deciziei ca dezvoltare a unui domeniu al acquis-ului Schengen, descris la art. 1 pct. B din Decizia nr. 1999/437³ în termeni relativi largi, ceea ce nu ar răspunde în sine la problema dacă temeiul juridic adecvat pentru adoptarea acesteia s-ar fi regăsit în titlul IV din Tratatul CE sau în titlul VI din Tratatul UE. Finalitatea și conținutul deciziei ar fi indicat că decizia completa Regulamentul VIS; în consecință, temeiul juridic care corespundea scopului și

conținutului deciziei ar fi fost art. 30 alin. (1) lit. b) UE, deoarece decizia privea prelucrarea și analizare informațiilor existente în VIS de către autoritățile desemnate, fără să se refere totuși la schimbul, colectarea sau stocarea de date și fără să fi privit procedurile și condițiile privind eliberarea vizelor sau cooperarea dintre serviciile competente, aspecte reglementate de titlul IV din Tratatul CE.

Referitor la calificarea deciziei ca dezvoltare a acquis-ului Schengen în domeniul vizelor, Consiliul a subliniat importanța legăturii existente între decizie și Regulamentul VIS, decizia înscriindu-se în cadrul juridic al regulamentului cu care ar forma un tot unitar.

Consiliul a mai susținut că, deși criteriul dezvoltat de Curte în vederea calificării unui act de dezvoltare a acquis-ului Schengen ar fi fost de același fel cu cel utilizat pentru a stabili temeiul juridic al unui act al Uniunii, el nu ar fi fost totuși identic întrucât ar fi trebuit să ia în considerare necesitatea menținerii coerenței aceluși acquis. Punând accent pe criteriul utilizat pentru alegerea temeiului juridic, concentrat exclusiv pe scopul și pe conținutul său, statul reclamant nu ar fi ținut sub nicio formă seama de acea necesitate.

Comisia, care a intervenit în susținerea Consiliului, a subscris la analiza acestuia privind alegerea temeiului juridic și la demonstrația legăturii strânse între decizie și Regulamentul VIS.

Soluția Curții de Justiție

Pentru început, Curtea a examinat motivul principal – săvârșirea de Consiliu a unei erori de drept.

Cu titlu preliminar, Curtea a reținut, pe de o parte, că Regatul Unit solicitase, potrivit art. 4 din Protocolul Schengen⁴, și obținuse, în

³ Decizia nr. 1999/437/CE a Consiliului din 17 mai 1999 privind anumite modalități de aplicare a Acordului încheiat între Consiliul Uniunii Europene și Republica Islanda și Regatul Norvegiei în ceea ce privește asocierea acestor două state în vederea punerii în aplicare, a asigurării respectării și dezvoltării acquis-ului Schengen; JO L 176, p. 31, Ediție specială, 19/vol. 1, p. 120.

⁴ Protocolul privind integrarea acquis-ului Schengen în cadrul Uniunii Europene, anexat la Tratatul UE și la Tratatul CE prin Tratatul de la Amsterdam.

temeiul Deciziei nr. 2000/365⁵, posibilitatea de a participa la unele dintre dispozițiile acquis-ului Schengen, iar pe de altă parte, că acel stat participa la o parte a dispozițiilor aceluși acquis referitoare la cooperarea polițienească, însă în schimb nu participa la dispozițiile acquis-ului privind eliminarea controalelor la frontiere și circulația persoanelor, inclusiv politica comună în domeniul vizelor. Potrivit considerentului (13) din Decizia nr. 2008/633, Consiliul aprecia decizia ca dezvoltare a dispozițiilor acquis-ului Schengen la care statul reclamant nu participa și că, prin urmare, nu trebuia să participe la adoptarea ei. Curtea a stabilit, în consecință, că trebuia să determine dacă decizia atacată se număra printre „propunerile sau inițiativele întemeiate pe acquis-ul Schengen”, precum cele menționate la art. 5 alin. (1) primul paragraf din Protocolul Schengen, la care Regatul Unit nu participa (pct. 42-44).

Instanța UE a amintit jurisprudența sa⁶, în sensul că, pentru calificarea unui act al Uniunii ca propunere sau inițiativă întemeiată pe acquis-ul Schengen, trebuia recurs la o analogie cu regulile referitoare la alegerea temeiului juridic al unui act, adică pe elemente obiective, care puteau fi supuse controlului jurisdicțional, printre care figurau în special scopul și conținutul actului. Curtea a subliniat în mod expres că respectivul raționament se aplica doar prin analogie și se limita la specificitatea cooperării consolidate în temeiul acquis-ului care implica luarea în considerare, în ansamblul său, și a sistemului în care se înscrisese acela (pct. 45-46).

Subsecvent a fost descris sistemul cooperării consolidate în temeiul acquis-ului Schengen: acquis-ul se aplica doar unora dintre state-

le membre și presupunea că orice propunere sau inițiativă întemeiată pe acquis trebuie să fie conformă cu dispozițiile pe care le punea în aplicare sau față de care reprezenta o dezvoltare, cooperarea presupunând acceptarea atât a dispozițiilor respective, cât și a principiilor care constituiau temeiul acestora⁷. Pentru a califica un act ca intrând sub incidența aceluși acquis sau ca reprezentând o dezvoltare a sa, trebuia ținut cont de coerența necesară acquis-ului și de necesitatea menținerii acelei coerențe în posibila sa evoluție. Curtea a subliniat că menținerea coerenței înseamnă că statele participante la acquis nu erau obligate să prevadă, atunci când dezvoltau și aprofundau cooperarea consolidată pe care fuseseră autorizate să o instituie prin art. 1 din Protocolul Schengen, măsuri speciale de adaptare pentru celelalte state membre care nu participaseră la adoptarea măsurilor referitoare la etapele anterioare ale acelei evoluții (pct. 47-49).

Au fost examinate ulterior finalitatea și conținutul deciziei atacate. Scopul deciziei era de a permite accesul la VIS pentru autoritățile din statele membre responsabile cu securitatea internă, respectiv pentru Europol în scopul prevenirii, depistării și cercetării infracțiunilor de terorism și a altor infracțiuni grave; doar în acel sens, decizia urmărea obiective care făceau, ca atare, obiectul cooperării polițienești. În privința conținutului, decizia privea atât modalitățile de desemnare de către statele membre a autorităților responsabile cu securitatea internă autorizate să consulte VIS, cât și condițiile de acces, de comunicare și de păstrare a datelor utilizate în acele scopuri; or, dispozițiile deciziei puteau fi apreciate, în principiu, în sensul organizării unei forme de cooperare polițienească (pct. 50-51).

Instanța UE a mai subliniat că decizia era strâns legată de Regulamentul VIS, constituind punerea sa în aplicare, fiind în strânsă legătură și cu politica comună în domeniul

⁵ Decizia nr. 2000/365/CE a Consiliului din 29 mai 2000 privind solicitarea Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord de a participa la unele dintre dispozițiile acquis-ului Schengen; JO L 131, p. 43, Ediție specială, 19/vol. 1, p. 130.

⁶ Hotărârea din 18 decembrie 2007, cauza C-77/05, *Regatul Unit/Consiliul*, Rep. 2007, p. I-11459, pct. 77.

⁷ *Ibidem*, pct. 61.

vizelor întemeiată pe titlul IV din Tratatul CE; cooperarea instituită prin decizia atacată nu ar fi putut exista, nici din punct de vedere funcțional, nici din punct de vedere material, independent de VIS, despre care Curtea a reținut că nu se contesta faptul că intra, precum Decizia nr. 2004/512⁸ și Regulamentul VIS pe care se întemeia, sub incidența acquis-ului Schengen referitor la politica comună în domeniul vizelor. Or, accesul direct la VIS pe care decizia atacată îl permitea autorităților responsabile cu securitatea internă era posibil din punct de vedere material doar pentru acele state membre care dispuneau de punctele de acces central la VIS menționate la art. 3 alin. (2) din Regulamentul VIS, mai exact numai pentru acele state membre care participau la dispozițiile acquis-ului Schengen privind politica comună în domeniul vizelor (pct. 53-56).

Curtea a prezentat și un argument *per a contrario*: dacă decizia atacată ar fi trebuit considerată o simplă măsură de cooperare polițienească, aceasta ar fi permis tuturor statelor membre să ia parte la stabilirea modalităților de consultare a VIS, chiar dacă unele dintre acelea nu participaseră la definirea principiilor care au condus la crearea bazei de date în domeniul vizelor, nu ar fi fost obligate să introducă în sistem datele tuturor cererilor de viză pe care le primeau și nici să fi contribuit la gestionarea și la finanțarea aceluși sistem, abordare care ar fi condus și la excluderea Republicii Islanda, a Regatului Norvegiei și a Confederației Elvețiene din dispozitivul de consultare a VIS în scopurile prevăzute în decizia atacate, cu toate că acele state participau la instituirea și la finanțarea bazei de date, după acceptarea principiilor care stăteau la baza sa. În concluzie, decizia trebuie considerată intrinsec legată de politica comună în domeniul vizelor și nu putea fi calificată în alt mod fără a se repune în discuție însăși coerența VIS (pct. 58).

⁸ Decizia nr. 2004/512/CE a Consiliului din 8 iunie 2004 de instituire a sistemului de informații privind vizele (SIV), JO L 213, p. 5, Ediție specială, 19/vol. 1, p. 28.

Curtea a respins motivul principal, reținând aprecierea Consiliului că decizia atacată reprezenta o dezvoltare a dispozițiilor acquis-ului Schengen la care Regatul Unit nu participa și refuzând participarea acestui stat membru la adoptarea sa (pct. 62).

Curtea de Justiție a examinat ulterior motivul subsidiar, potrivit căruia, în situația în care decizia ar fi fost considerată o dezvoltare a politicii comune în domeniul vizelor, ea ar fi trebuit totuși anulată pentru motivul că, în acele condiții, ar fi fost adoptată în mod greșit pe temeiul art. 30 alin. (1) lit. b) UE și a art. 34 alin. (2) lit. c) UE (pct. 63).

Instanța UE a susținut că problema dacă o măsură reprezenta o dezvoltare a acquis-ului Schengen era distinctă de chestiunea temeiului juridic pe care trebuia să se fondeze în mod legal acea dezvoltare, întrucât orice act al Uniunii trebuia să se întemeieze pe o dispoziție prevăzută de tratatele care conferă instituțiilor Uniunii competența de a-l adopta (pct. 64); ulterior, au fost reamintite regulile din jurisprudența Curții privind alegerea temeiului juridic și s-a precizat că argumentul statului reclamant ar fi putut fi admis doar dacă criteriile reținute pentru a determina temeiul juridic al unui act al dreptului Uniunii ar fi coincis în totalitate cu cele utilizate pentru a califica un astfel de act ca fiind o propunere sau o inițiativă întemeiată pe acquis-ul Schengen⁹ (pct. 65-66). Or, dată fiind intenția Consiliului de a dezvolta acel acquis autorizând utilizarea VIS, în condiții clar stabilite, în scopuri de cooperare polițienească, acesta trebuia să se întemeieze pe dispozițiile Tratatului UE care îl abilitau să legifereze în domeniul cooperării polițienești (pct. 67). Curtea a făcut trimitere la aprecierile din hotărâre referitoare la scopul și conținutul deciziei¹⁰ și a respins susținerea de săvârșire de Consiliu a unei erori la aprecierea temeiului juridic (pct. 68).

⁹ În sensul pct. 47-49, *supra*.

¹⁰ Pct. 51-52, *supra*.

Directiva nr. 93/13/CEE. Clauze abuzive utilizate în contractele încheiate cu consumatorii. Criterii de apreciere. Examinare din oficiu de către instanța națională a caracterului abuziv al unei clauze de stabilire a instanței competente. Art. 23 din Statutul Curții

(CJ, Marea Cameră, hotărârea din 9 noiembrie 2010, cauza C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt./Ferenc Schneider*, nepublicată încă în Repertoriu)

Circumstanțele de fapt și de drept

Litigiul din acțiunea principală a avut ca obiect o cerere de somație de plată, formulată de VB Pénzügyi Lízing Zrt. (în continuare „VB Pénzügyi Lízing”) împotriva dlui Schneider; părțile din acțiunea principală încheiaseră anterior un contract de împrumut pentru finanțarea cumpărării unei mașini, iar întrucât dl Schneider nu și-a mai respectat obligațiile contractuale, VB Pénzügyi Lízing a reziliat contractul de împrumut și a sesizat instanța de trimitere în scopul de a obține rambursarea unei creanțe, precum și plata dobânzilor aferente sumei neplătite și a cheltuielilor.

VB Pénzügyi Lízing nu a introdus cererea de somație de plată în fața instanței competente în raza căreia avea reședința dl Schneider, ci s-a prevalat de clauza de stabilire a instanței competente cuprinsă în contractul de împrumut, care conferea instanței de trimitere competența de a se pronunța în legătură cu un eventual litigiu între părți.

Somația solicitată a fost pronunțată în cadrul unei proceduri numite „grațioasă”, care nu impunea organizarea de instanță a unei ședințe sau audierea părții adverse. La adoptarea

somației, instanța de trimitere nu a analizat competența sa teritorială și nici clauza de stabilire a instanței competente cuprinsă în contractul de împrumut. Ulterior, dl Schneider a formulat o opoziție împotriva somației de plată în fața aceleiași instanțe, fără a preciza totuși motivele acelei opoziții; opoziția a avut drept consecință juridică faptul că procedura a devenit contencioasă, ea desfășurându-se astfel în conformitate cu dispozițiile de drept comun ale procedurii civile.

În drept, art. 155/A alin. (2) din Legea privind procedura civilă maghiară prevedea că, la momentul sesizării prin ordonanță a Curții de Justiție, tribunalul era obligat să transmită ordonanța simultan, pentru informare, ministrului responsabil de portofoliul justiției.

Printr-o decizie din 27 martie 2008, instanța de trimitere (Budapesti II. és III. kerületi bíróság) a adresat Curții trei întrebări preliminare.

Prima întrebare a ridicat problema dacă protecția garantată consumatorilor prin Directiva nr. 92/13/CEE¹ impunea ca instanța națională să se pronunțe din oficiu, chiar în lipsa unei cereri în acest sens – și indiferent de caracterul contencios sau grațios al procedurii –, cu privire la caracterul abuziv al unei clauze contractuale invocate în fața sa, în cadrul examinării proprii competențe teritoriale.

A doua întrebare a urmărit stabilirea, în ipoteza unui răspuns afirmativ la prima întrebare, criteriilor pe care instanța națională le putea lua în considerare, în special atunci când o clauză contractuală nu prevedea competența teritorială a instanțelor în raza cărora se afla sediul vânzătorului sau al furnizorului, ci a instanțelor corespunzătoare altor circumscripții, cu toate că se afla în apropierea aceluși sediu.

¹ Directiva nr. 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, JO L 95, p. 29, Ediție specială, 15/vol. 2, p. 273.

A treia întrebare a ridicat problema dacă art. 23 primul paragraf din Statutul Curții de Justiție excludea posibilitatea ca instanța națională care declanșa o procedură a întrebărilor preliminare să informeze simultan despre aceasta, din oficiu, ministrul din statul său membru responsabil de portofoliul justiției.

La 13 februarie 2009, președintele Curții a dispus suspendarea soluționării cauzei până la pronunțarea hotărârii în cauza C-243/08, *Pannon GSM*, – 4 iunie 2009². La 2 iulie 2009, instanța de trimitere a comunicat Curții că, urmare a acelei hotărâri, nu mai considera necesare răspunsurile la primele două întrebări, ci solicita un răspuns doar la a treia întrebare. Totodată, a fost ridicată problema rolului Curții în garantarea aplicării uniforme în toate statele membre a nivelului de protecție a drepturilor consumatorilor prevăzute de directivă. Din pct. 34 și 35 din hotărârea *Pannon GSM*, instanța de trimitere a dedus că instanța națională avea obligația de a examina din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale de îndată ce dispunea de elementele de drept și de fapt necesare; or, instanța de trimitere a urmărit să stabilească posibilitatea examinării din oficiu a caracterului abuziv al unei clauze contractuale doar în momentul în care dispunea de acele elemente sau dacă, dimpotrivă, examinarea din oficiu a acelui caracter abuziv implica obligația instanței naționale de a stabili din oficiu acele elemente.

În consecință, instanța de trimitere a adresat suplimentar trei întrebări preliminare.

Prima privea competența Curții prin art. 267 TFUE de a interpreta noțiunea «clauză abuzivă» menționată la art. 3 alin. (1) din directivă, precum și clauzele enumerate în anexa la directivă.

² Rep. 2009, p. I-4713.

A doua întrebare, care pornea de la ipoteza unui răspuns afirmativ la prima întrebare, ridica problema dacă trimiterea preliminară care avea ca obiect o astfel de interpretare putea – în interesul aplicării uniforme în toate statele membre a nivelului de protecție a drepturilor consumatorilor garantat de directivă – să urmărească să se stabilească aspectele de care putea sau trebuia să țină seama instanța națională în cazul aplicării criteriilor generale prevăzute de directivă în privința unei clauze individuale specifice.

A treia întrebare suplimentară a privit chestiunea dacă, instanța națională putea, atunci când constata ea însăși eventualul caracter abuziv al unei clauze contractuale, chiar și atunci când părțile nu formulară o solicitare în acest sens, să efectueze o cercetare judecătorească din oficiu în vederea stabilirii elementelor de fapt și de drept necesare, în cazul în care, conform dreptului procedural național, probele puteau fi administrate doar la cererea părților.

Soluția Curții de Justiție

1. Prima întrebare la care a răspuns a fost a treia întrebare adresată inițial.

Curtea a respins incompatibilitatea cu art. 23 primul paragraf din Statutul Curții a obligației de informare a ministrului justiției cu privire la trimiterea preliminară simultan (cu notificarea ei Curții de Justiție) și din oficiu, care revenea instanței naționale.

Dispoziția din statut preciza că instanța națională care își suspenda procedura și sesiza Curtea notifica acesteia din urmă decizia sa, care apoi era notificată de către greșierul Curții părților în cauză, statelor membre și Comisiei, precum și altor instituții, organe, oficii sau agenții ale Uniunii, fără ca dispoziția să cuprindă indicații referitoare la alte măsuri de informare din partea instanței naționale în

contextul sesizării Curții. Instanța UE a reamintit că sistemul stabilit prin art. 267 TFUE instituie o cooperare directă între Curte și instanțele naționale printr-o procedură independentă de orice inițiativă a părților și că trimiterea preliminară se întemeiază pe un dialog între instanțe, a cărui declanșare depinde în întregime de aprecierea făcută de instanța națională asupra pertinentei și necesității trimiterii menționate (pct. 27-29).

Curtea a reținut că obligația în discuție nu putea fi considerată o ingerință în mecanismul de dialog jurisdicțional prevăzut la art. 267 TFUE: în primul rând, obligația nu constituia o condiție pentru o trimiterea preliminară, ea neputând avea o influență asupra dreptului instanțelor naționale de a formula o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare și neputând aduce atingere prerogativelor conferite aceloră în temeiul art. 267 TFUE; în al doilea rând, o eventuală încălcare a obligației de informare nu determina consecințe juridice care putea afecta procedura trimiterii preliminare; în al treilea rând, Curtea a constatat că nu-i fusese prezentat niciun indiciu din care s-ar fi putut deduce că, din cauza obligației de informare, instanțele naționale ar fi fost descurajate să sesizeze Curtea cu o trimitere preliminară (pct. 31-34).

2. Ulterior, Curtea a examinat primele două întrebări suplimentare.

În primul rând, ea a stabilit propria competență de a interpreta noțiunea „clauză abuzivă” prevăzută de directivă și de anexa ei, aceasta constituind o reglementare de drept al Uniunii (pct. 38-40).

În al doilea rând, Curtea a menționat hotărârea *Pannon GSM*, pct. 37-39, în care a reținut că art. 3 din directivă definea doar în mod abstract elementele care confereau caracter abuziv unei clauze contractuale care nu făcuseră obiectul unei negocieri individua-

le, că anexa directivei conținea doar o listă orientativă și neexhaustivă a clauzelor care puteau fi considerate abuzive și că, potrivit art. 4 din directivă, caracterul abuziv al unei clauze contractuale trebuia apreciat luându-se în considerare natura bunurilor sau a serviciilor pentru care se încheiase contractul și raportându-se, în momentul încheierii contractului, la toate circumstanțele care însoțeau încheierea contractului. Soluția în hotărârea *Pannon GSM*, pct. 44, a fost aceea că instanța națională trebuia să aibă în vedere faptul că o clauză dintr-un contract încheiat între un consumator și un vânzător sau un furnizor, care era inserată fără să fi făcut obiectul unei negocieri individuale și care conferea competență exclusivă instanței în raza căreia se afla sediul social al vânzătorului sau al furnizorului, putea fi considerată drept abuzivă (pct. 42-43).

În concluzie, Curtea a răspuns la acele două întrebări, afirmându-și competența de a interpreta noțiunea „clauză abuzivă” și totodată criteriile pe care instanța națională putea sau trebuia să le aplice la examinarea unei clauze contractuale în raport cu dispozițiile directivei; totuși, instanța națională era competentă să se pronunțe, ținând cont de acele criterii, asupra calificării concrete a unei clauze contractuale specifice în funcție de împrejurările proprii fiecărei spețe (pct. 44).

3. Curtea a stabilit că a treia întrebare suplimentară era redactată în termeni foarte generali (pct. 45).

Instanța UE a reamintit jurisprudența sa, în sensul că, pe de o parte, sistemul de protecție pus în aplicare prin directivă se baza pe ideea că un consumator se găsea într-o situație de inferioritate față de un vânzător sau un furnizor în ceea ce privește atât puterea de negociere, cât și nivelul de informare, situație care îl conducea la adeziunea la condițiile redactate în prealabil de către vânzător sau furnizor, fără a putea exercita o influență asupra con-

ținutului acestora. Pe de altă parte, în sensul art. 6 alin. (1) din directivă, o clauză abuzivă nu creează obligații pentru consumator, fiind vorba despre o dispoziție imperativă care urmărea să substituie echilibrul formal pe care îl instituie contractul între drepturile și obligațiile cocontractanților printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părți. Or, pentru a se asigura protecția urmărită de directivă, situația de inegalitate care exista între consumator și vânzător sau furnizor putea fi compensată doar printr-o intervenție pozitivă, exterioară părților la contract³ (pct. 46-48).

În temeiul directivei, instanța națională trebuia să verifice dacă o clauză din contractul care făcea obiectul litigiului cu care era sesizată intra în domeniul de aplicare a directivei (prima fază a examinării); în caz afirmativ, instanța era obligată să aprecieze, din oficiu dacă era cazul, acea clauză în raport cu cerințele privind protecția consumatorului prevăzute de directivă (a doua fază a examinării). Referitor la prima fază a examinării de instanța națională, în sensul art. 1 și art. 3 din directivă, aceasta se aplica oricărei clauze prin care se stabilea competența jurisdicțională teritorială exclusivă, ce figura într-un contract încheiat între un vânzător sau un furnizor și un consumator și nu făcuse obiectul unei negocieri individuale; pentru a garanta eficacitatea protecției consumatorilor, instanța națională trebuia, în toate cazurile și indiferent de normele de drept intern, să determine dacă clauza în litigiu făcuse sau nu obiectul unei negocieri individuale între un vânzător sau un furnizor și un consumator. În privința celei de-a doua faze a examinării, Curtea a reținut că clauza contractuală din litigiul principal prevedea competența teritorială exclusivă a unei instanțe care nu era instanța în raza căreia avea

reședința pârâtul și nici cea în raza căreia se afla sediul reclamantei, ci cea care se afla în apropierea sediului acesteia din urmă atât din punct de vedere geografic, cât și al posibilităților de transport; în privința acelor circumstanțe s-a făcut trimitere la hotărârea *Océano Grupo*, pct. 24, unde s-a stabilit că o clauză trebuia considerată abuzivă în sensul art. 3 din directivă în cazul în care, în contradicție cu cerința de bună-credință, provoca un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurgeau din contract, în detrimentul consumatorului. Or, în speță, Curtea a reținut că o clauză de tipul celei în litigiu crea în sarcina consumatorului obligația de a se supune competenței exclusive a unei instanțe care putea fi departe de domiciliul său, ceea ce putea face mai dificilă prezentarea sa în fața acesteia. În cazul unor litigii având ca obiect sume limitate, cheltuielile implicate în sarcina consumatorului pentru a compărea în fața instanței s-ar fi putut dovedi disuasive și l-ar fi putut determina pe acesta să renunțe la orice acțiune în justiție sau la orice apărare. În consecință, clauza intra în categoria celor având ca obiect sau ca efect excluderea sau obstrucționarea dreptului consumatorului de a introduce acțiuni în justiție, potrivit pct. 1 lit. q) din anexa la directivă⁴ (pct. 49-55).

Curtea a concluzionat că instanța națională trebuia să dispună din oficiu măsuri de cercetare judecătorească pentru a stabili dacă o clauză prin care se atribuia competență jurisdicțională teritorială exclusivă, ce figura în contractul care făcea obiectul unui litigiu cu care fusese sesizată și care fusese încheiat între un vânzător sau un furnizor și un consumator, intra în domeniul de aplicare a directivei și, în caz afirmativ, trebuia să aprecieze din oficiu eventualul caracter abuziv al unei astfel de clauze (pct. 56).

³ Hotărârea din 27 iunie 2000, cauzele conexe C-240/98 – C-244/98, *Océano Grupo Editorial și Salvat Editores*, Rec. 2000, p. I-4941, pct. 25-27.

⁴ *Ibidem*, pct. 22.

Recurs. Concurență. Decizie a Comisiei privind o procedură de aplicare a art. 81 CE. Acțiune în anulare. Termen. Acțiune tardivă. Motive care pot justifica o derogare de la termenul de introducere a acțiunii. Drept de acces la o instanță. Principiile legalității și proporționalității. Recurs vădit nefundat

(CJ), Camera a opta, ordonanța din 16 noiembrie 2010, cauza C-73/10 P, *Internationale Fruchthimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG/Comisia Europeană*, nepublicată încă în Repertoriu)

Circumstanțele de fapt și de drept

Prin recursul său, Internationale Fruchthimport Gesellschaft Weichert a solicitat anularea ordonanței Tribunalului de Primă Instanță¹ din 30 noiembrie 2009 în cauza T-2/09, *Internationale Fruchthimport Gesellschaft Weichert/Comisia*, prin care fusese respinsă ca vădit inadmisibilă, pentru motivul introducerii ei după expirarea termenului, o acțiune având ca obiect anularea unei decizii a Comisiei [C(2008) 5955] din 15 octombrie 2008 privind o procedură de aplicare a art. 81 CE (cazul COMP/39.188 – Banane).

La 21 octombrie 2008, Comisia a notificat recurenteii decizia în litigiu, prin care se constata că mai multe întreprinderi, printre care și recurenta, încălcaseră art. 81 CE prin participarea la o practică concertată având ca obiect coordonarea pieței comune și a prețurilor de referință ale bananelor; decizia a aplicat amenzi întreprinderilor respective.

¹ În prezent, Tribunalul Uniunii Europene.

La 2 ianuarie 2009, recurenta transmisese prin fax la grefa Tribunalului o copie a unei cereri introductive având drept scop anularea deciziei în litigiu, originalul fiind depus ulterior la grefă la 9 ianuarie 2009. O scrisoare a grefierului Tribunalului din 4 februarie 2009 informase recurenta că acțiunea nu fusese formulată în termenul prevăzut la art. 230 CE. Printr-o scrisoare din 20 februarie 2009, recurenta depusese observații asupra tardivității și solicitase derogarea de la acel termen, în sensul declarării admisibilității acțiunii; depunerea tardivă a cererii introductive ar fi rezultat dintr-o interpretare greșită de către reprezentanții recurenteii a Regulamentului de procedură al Tribunalului, susținându-se că aceia ar fi considerat cu bună-credință că termenul de introducere a acțiunii ar fi expirat la 2 ianuarie 2009, conform art. 101 alin. (1) lit. a) și alin. (2), coroborat cu art. 102 alin. (2) din regulament. În susținerea admisibilității acțiunii sale, recurenta susținuse că termenul abia ar fi fost depășit, că admisibilitatea acțiunii nu ar fi determinat nicio atingere importantă a principiului securității juridice și nu ar fi cauzat un prejudiciu Comisiei, că principiul proporționalității și al dreptului de acces la o instanță, garantat la art. 6 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 („CEDO”), ar fi prevalat asupra principiului securității juridice, aspect care ar fi fost, în special, recunoscut în dreptul de procedură penală din Germania și din Regatul Unit.

Prin ordonanța atacată, Tribunalul a respins acțiunea ca inadmisibilă, pentru motivul că nu fusese introdusă în termenul stabilit, confirmând caracterul tardiv al acțiunii, și a constatat că, în temeiul art. 230 al cincilea paragraf CE, al art. 101 alin. (1) lit. a) și b) și alin. (2), precum și al art. 102 alin. (2) din Regulamentul său de procedură, termenul pentru introducerea acțiunii menționate începuse să curgă

la 22 octombrie 2008 și expirase la 31 decembrie 2008 la miezul nopții, ținând cont de termenul pentru considerente de distanță². Pe de altă parte, Tribunalul a avansat trei motive împotriva justificării depunerii tardive a cererii introductive a recurente³: în primul rând, posibilitatea derogării de la aplicarea normelor comunitare privind termenele de procedură doar în împrejurări cu totul excepționale, de caz fortuit sau de forță majoră, conform art. 45 al doilea paragraf din Statutul Curții, în speță nefiind incidentă o eroare scuzabilă, întrucât dispozițiile Regulamentului de procedură al Tribunalului nu prezentau dificultăți particulare de interpretare; în al doilea rând, sublinierea autonomiei ordinii juridice comunitare, în sensul în care, în lipsa unei mențiuni exprese, în principiu, acea ordine juridică nu își definea noțiunile inspirându-se din ordinile juridice naționale, fiind astfel respins argumentul reclamantei care se întemeia pe dreptul de procedură penală din state membre; în al treilea rând, protejarea în mod adecvat, prin art. 230 CE, a dreptului la o protecție jurisdicțională efectivă, drept care nu ar fi fost în niciun fel afectat de aplicarea strictă a reglementărilor comunitare privind termenele de procedură.

Argumente ale părților

Recurenta a susținut săvârșirea de Tribunal a unei erori de drept, prin faptul că respectiva instanță a considerat că nu se putea deroga de la aplicarea reglementării Uniunii privind termenele de procedură decât în împrejurări cu totul excepționale; abordarea instanței ar fi fost în mod nejustificat restrictivă și nu ar fi ținut cont, sau cel puțin nu în mod adecvat, de importanța dreptului de acces la o instanță în cadrul procedurii penale, de principiul legalității procedurii penale, de principiul proporționalității, precum și de necesitatea preponderentă de a evita un rezultat nedrept.

² Pct. 10-17 din ordonanță.

³ *Ibidem*, pct. 20-23.

În primul rând, în contextul dreptului fundamental de acces la o instanță, amenziile considerabile aplicate pentru un comportament secret contrar normelor de concurență s-ar fi referit la acuzații penale în sensul art. 6 alin. (2) din CEDO⁴, caracter penal care nu a fost luat în considerare de Tribunal. În al doilea rând, principiul securității juridice și principiul protecției încrederii legitime nu s-ar fi putut aplica în mod absolut, impunându-se un echilibru între acele principii, cu recunoașterea, în anumite împrejurări, a unei priorități pentru principiul legalității⁵. În al treilea rând, a fost menționat principiul proporționalității, care nu ar fi fost luat în considerare de Tribunal.

Comisia a făcut referire la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului privind art. 6 alin. (2) din CEDO⁶, care cuprinde criteriile pentru calificarea caracterului „penal” al acuzației, dar și la dreptul Uniunii, în temeiul căruia sancțiunile aplicate în temeiul normelor dreptului Uniunii în domeniul concurenței nu ar fi avut un atare caracter. Pretinsa flexibilitate în materie de termene care ar fi existat în anumite sisteme naționale nu ar fi putut determina recunoașterea unui principiu general al dreptului Uniunii. Comisia a mai susținut că recurenta beneficiase de dreptul de acces la o instanță precum orice altă societate aflată în aceeași situație; aceea parte a subliniat imposibilitatea invocării în mod util ca eroare scuzabilă a săvârșirii „cu bună-credință” a unei erori, dar și respectarea de Tribunal a principiului proporționalității.

⁴ Hotărârea Curții din 8 iulie 1999, cauza C-199/92 P, *Hüls/Comisia*, Rec. 1999, p. I-4287, pct. 149 și 150; hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului *Jussila împotriva Finlandei* din 23 noiembrie 2006, Recueil des arrêts et décisions 2006-XIII, § 43.

⁵ Hotărârea din 22 martie 1961, cauzele conexe 42/59 și 49/59, *Snapat/Înalta Autoritate*, Rec. 1961, p. 101, p. 159; hotărârea din 21 septembrie 1983, cauzele conexe 205/82 – 215/82, *Deutsche Milchkontor și alții*, Rec. 1983, p. 2633; hotărârea din 23 octombrie 2007, cauza C-273/04, *Polonia/Consiliul*, Rep. 2007, p. I-8925.

⁶ Hotărârea *Jussila împotriva Finlandei*, cit. supra.

Soluția Curții de Justiție

Curtea a aplicat art. 119 din Regulamentul său de procedură, în sensul în care, atunci când recursul era în mod vădit inadmisibil sau în mod vădit nefondat, ea putea oricând, pe baza raportului judecătorului raportor și după ascultarea avocatului general, să respingă recursul prin ordonanță motivată fără să deschidă procedura orală.

Cu titlu preliminar, Curtea a trimis la jurisprudența sa referitoare, pe de o parte, la posibilitatea derogării de la aplicarea normelor privind termenele de procedură doar în împrejurări cu totul excepționale⁷, iar pe de altă parte, la semnificația noțiunii de eroare scuizabilă, care vizează doar împrejurări excepționale în care în special instituția vizată a adoptat un comportament de natură să provoace, prin el însuși sau într-o măsură determinantă, o confuzie admisibilă în percepția unui justițabil de bună-credință și care dădea dovadă de întreaga diligență cerută unui operator normal informat⁸; Curtea a constatat că recurența nu invocase în fața Tribunalului producerea unui caz fortuit sau a unui caz de forță majoră și că nu imputa în mod expres acelei instanțe refuzarea recunoașterii existenței unei erori scuizabile a aceleia. S-a reamintit că într-o cauză similară a fost respinsă existența unei erori scuizabile, întrucât modul de redactare a art. 101 alin. (1) lit. a) și b) din Regulamentul de procedură al Tribunalului era clar și nu prezenta dificultăți particulare de interpretare⁹ (pct. 41-45).

Ulterior, Curtea a examinat motivul săvârșirii de Tribunal a unei erori de drept prin faptul că a considerat că nu se putea deroga de la aplicarea reglementării Uniunii privind termenele de procedură în alte împrejurări decât de caz

⁷ Ordonanța din 18 ianuarie 2005, cauza C-325/03 P, *Zuazaga Meabe/OAPI*, Rec. 2005, p. I-403, pct. 16; ordonanța din 3 iulie 2008, cauza C-84/08 P, *Pitsiorlas/Consiliul și BCE*, pct. 14.

⁸ Ordonanța din 14 ianuarie 2010, cauza C-112/09 P, *SGAE/Comisia*, nepublicată încă în Rep., pct. 20.

⁹ *Ibidem*, pct. 24.

fortuit sau de forță majoră (pct. 46), motiv care a fost respins. Au fost reamintite reguli din jurisprudența sa: principiul prevăzut la art. 6 din CEDO, recunoscut și în ordinea juridică a Uniunii nu se opunea prevederii unui termen pentru introducerea unei acțiuni în instanță¹⁰; dreptul la o protecție jurisdicțională efectivă nu era în niciun mod afectat de aplicarea strictă a reglementării Uniunii privind termenele de procedură¹¹; o derogare de la reglementare putea fi justificată de incidența unor drepturi fundamentale, întrucât normele privind termenele de introducere a acțiunilor sunt de ordine publică și trebuie aplicate de către instanță astfel încât să se asigure securitatea juridică și egalitatea justițabililor în fața legii¹² (pct. 48-50).

Deși a admis posibilitatea de a aplica o derogare de la caz la caz pentru depășirea unui termen de procedură, Curtea de Justiție a precizat că derogarea ar fi dificil conciliabilă cu obiectivul reglementării Uniunii în materie de termene de introducere a acțiunilor, adică cu respectarea securității juridice și cu evitarea oricărei discriminări sau oricărui tratament arbitrar în administrarea justiției (pct. 52).

Instanța a refuzat să se pronunțe cu privire la caracterul penal, în sensul art. 6 alin. (2) din CEDO, a unei amenzi aplicate în temeiul art. 81 CE, și a reținut că dreptul la o instanță, în cadrul căruia dreptul de acces la o instanță constituia un aspect particular, nu era absolut și putea fi supus unor limitări admise în mod implicit, în special în ceea ce privește condițiile de admisibilitate a unei acțiuni, urmând jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului¹³ (pct. 53). Curtea a trimis ulterior la

¹⁰ Hotărârea din 1 aprilie 1987, cauza 257/85, *Dufay/Parlamentul European*, Rec. 1987, p. 1561, pct. 10.

¹¹ Ordonanța din 17 mai 2002, cauza C-406/01, *Germania/Parlamentul European și Consiliul*, Rec. 2002, p. I-4561, pct. 20.

¹² Hotărârea din 18 ianuarie 2007, cauza C-229/05 P, *PKK și KNK/Consiliul*, Rep. 2007, p. I-439, pct. 101.

¹³ Hotărârea *Pérez de Rada Cavanilles împotriva Spaniei* din 28 octombrie 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII, § 44-45.

regulile acelei jurisprudențe și a constatat că reglementarea Uniunii privind termenele de procedură și aplicarea aceleia în cauză nu au împiedicat-o pe recurentă să se prevaleze de calea de atac disponibilă împotriva deciziei în litigiu, întrucât, deși termenul de două luni constituia în mod cert o limitare a dreptului de acces la o instanță, acea limitare nu constituia în mod vădit o atingere adusă însăși esenței aceluși drept, cu atât mai mult cu cât normele privind calcularea termenului erau clare și nu prezentau dificultăți particulare de interpretare. Or, în cauză, depășirea termenului fusese cauzată doar de eroarea săvârșită de consultantul recurente, care nu putea fi considerată o eroare scuzabilă (pct. 55-57).

Recurs. Ajutor de stat. Plângere din partea unui concurent. Admisibilitate. Regulamentul (CE) nr. 659/1999. Art. 4, 10, 13 și 20. Decizie a Comisiei de a nu continua examinarea plângerii. Calificarea măsurilor de către Comisie în parte ca nefiind ajutoare de stat și în parte ca fiind ajutoare existente compatibile cu piața comună. Art. 230 CE. Noțiunea «act atacabil»

(C), Camera a treia, hotărârea din 18 noiembrie 2010, cauza C-322/09 P, *NDSHT Nya Destination Stockholm Hotell & Teaterpaket AB/Comisia Europeană*, nepublicată încă în Repertoriu)

Circumstanțele de fapt și de drept

În fapt, NDSHT Nya Destination Stockholm Hotell & Teaterpaket AB („NDSHT”), societate de drept suedez, desfășura activități de organizare de călătorii la Stockholm.

Stockholm Visitors Board AB („SVB”), societate deținută de orașul Stockholm, furniza informații turistice și de promovare a regiunii Stockholm, desfășurând și activități comerciale.

În septembrie 2004, NDSHT a transmis Comisiei informații privind subvenții anuale alocate de orașul Stockholm în favoarea SVB pentru anii 2003-2005, susținând că acele subvenții ar fi constituit ajutoare de stat acordate cu încălcarea art. 88 alin. (3) CE; s-a mai susținut că SVB ar fi putut folosi acele ajutoare pentru finanțarea activităților sale comerciale, care ar fi fost în concurență cu cele ale altor societăți naționale și internaționale, provocând astfel o denaturare a concurenței.

Ulterior examinării de Comisie a plângerii, Direcția Generală Concurență din cadrul său a transmis NDSHT o scrisoare la 24 martie 2006, în care se preciza că nu ar fi existat suficiente motive care să fi justificat continuarea examinării plângerii; activitățile SVB ar fi fost desfășurate în condiții de piață și, în consecință, nu ar fi fost finanțate prin intermediul unui ajutor de stat în sensul art. 87 alin. (1) CE sau ar fi intrat sub incidența dispozițiilor care reglementau serviciile de interes economic general (SIEG). În plus, în ipoteza în care compensarea pentru SIEG ar fi fost calificată drept ajutor de stat, un asemenea ajutor ar fi fost totuși acordat în aceleași condiții cu mult înainte de 1995 și, prin urmare, ar fi constituit un ajutor existent. Comisia a precizat, în concluzie, că nu intenționa să adopte o altă măsură.

Printr-o scrisoare din 5 aprilie 2006, NDSHT a informat Comisia că din scrisoarea din 24 martie 2006 dedusese că plângerea îi fusese respinsă și a susținut că, în temeiul art. 13 și al art. 4 alin. (2) și (3) din Regulamentul nr. 659/1999¹, ar fi fost adoptată o decizie

¹ Regulamentul (CE) nr. 659/1999 al Consiliului din 22 martie 1999 de stabilire a normelor de aplicare a articolului [88 CE], JO L 83, p. 1, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 41.

de a nu ridica obiecții cu privire la măsurile financiare în litigiu.

Comisia a răspuns printr-o scrisoare din 28 aprilie 2006, în care a precizat că, întrucât măsurile contestate nu constituiau ajutoare de stat ilegale, petentei nu îi putea fi adresată o decizie adoptată în temeiul art. 20 din regulament.

Hotărârea Tribunalului

Printr-o acțiune din 6 iunie 2006, NDSHT a solicitat anularea actului Comisiei, care ar fi constat atât într-un refuz final de a iniția procedura oficială de investigare prevăzută la art. 88 alin. (2) CE, cât și într-o decizie de clasare a cazului. NDSHT susținuse că actul în litigiu ar fi trebuit considerat o decizie care producea efecte asupra situației sale juridice, act care ar fi constituit act atacabil în sensul art. 230 CE.

Prin hotărârea din 9 iunie 2009 în cauza T-152/06, *NDSHT/Comisia*², Tribunalul a respins acțiunea ca inadmisibilă. El a reținut că, pentru a stabili dacă actul în litigiu era un act atacabil, ar fi trebuit distins, ținând cont de conținutul actului, între o decizie în sensul art. 4 din regulament și o comunicare neoficială în temeiul art. 20 alin. (2) a doua teză din acela. S-a precizat (pct. 44) că nu ar fi existat o obligație a Comisiei de a adopta o decizie în sensul art. 4 din regulament ca răspuns la fiecare plângere; obligația ar fi existat numai în ipoteza în care ar fi fost aplicabil art. 13 din regulament, ceea ce nu ar fi fost cazul în speță, întrucât plângerea ar fi privit un ajutor existent. Pe de altă parte, obligația de a adopta o decizie în sensul art. 4 din regulament ca urmare a unei plângeri privind un ajutor existent ar fi fost contrară economiei procedurii de control al ajutoarelor de stat (pct. 64). În plus, ținând cont de faptul că ajutoarele ar fi constituit ajutoare existente, Comisia nu ar fi fost obligată

² Rep. 2009, Rep., p. II-1517.

să adopte un act cu caracter de decizie la încheierea fazei preliminare a examinării acelora (pct. 57). Scrisorile în litigiu nu ar fi putut constitui un refuz de inițiere a procedurii oficiale de investigare prevăzute la art. 88 alin. (2) CE (pct. 63). În consecință, scrisorile Comisiei nu ar fi putut fi considerate drept o decizie în sensul art. 4 din regulament, ci o comunicare informală în temeiul art. 20 și, în consecință, ele nu ar fi constituit un act atacabil în sensul art. 230 CE.

Sușineri ale părților și soluția Curții de Justiție

1. NDSHT a formulat un recurs în care a solicitat anularea hotărârii Tribunalului, în care, cu titlu principal, a cerut admiterea cererii sale pe fond. Recurentul a invocat patru motive: în primul rând, o denaturare evidentă a conținutului scrisorilor în litigiu (motiv asupra căruia Curtea nu s-a mai pronunțat); în al doilea rând, săvârșirea de Tribunal a unei erori de drept considerând actul în litigiu un act pregător care nu constituia o decizie definitivă susceptibilă de a face obiectul unei acțiuni în anulare; în al treilea rând, săvârșirea de Tribunal a unei erori de drept apreciind că luarea de poziție a Comisiei trebuia interpretată ca fiind o respingere a unei cereri de a lua măsuri utile în sensul art. 88 alin. (1) CE; în al patrulea rând, săvârșirea de Tribunal a unei erori de drept statuând că respectiva calificare de către Comisie a măsurilor financiare în litigiu drept ajutoare existente nu ar fi permis contestarea respingerii plângerii. Soluția Tribunalului s-ar fi întemeiat pe o eroare de interpretare a art. 4, 10, 13 și 20 din Regulamentul nr. 659/1999.

Curtea de Justiție a analizat împreună ultimele trei motive ale recursului.

Recurenta s-a referit la hotărârea din 17 iulie 2008, cauza C-521/06 P, *Athinaiki Techniki/Comisia*³, dar și la hotărârea din 24 martie 1993, cauza

³ Rep. 2008, p. I-5829.

C-313/90, *CIRFS și alții/Comisia*⁴; în aceasta din urmă, Curtea a confirmat posibilitatea de a ataca o scrisoare a Comisiei prin care se refuza inițierea unei proceduri oficiale de investigare pentru motivul că ajutorul contestat era un ajutor existent. Interpretarea susținută de Comisie ar fi implicat posibilitatea acesteia de a evita orice control din partea unei instanțe a Uniunii atunci când califica măsurile financiare contestate drept ajutor existent, fapt care ar fi în mod evident inacceptabil.

Comisia a susținut că scrisorile sale ar fi conținut anumite concluzii ipotetice și, din acest motiv, nedefinitive, neajungând în plus la o calificare identică a acelor măsuri diverse. În orice caz, ea a afirmat că nu ar fi adoptat o decizie și s-ar fi limitat la o apreciere provizorie. Comisia a contestat relevanța trimiterilor la hotărârile *CIRFS și alții/Comisia*, respectiv *Athinaiki Techniki/Comisia*, întrucât Comisia, odată ce a constatat ajutoarele existente, nu ar mai fi fost în poziția de a iniția procedura de investigare oficială prevăzută la art. 88 alin. (2) CE.

2. Curtea de Justiție a sintetizat motivele recurente, reținând susținerea de săvârșire de Tribunal a unei erori de drept considerând că scrisorile în litigiu nu ar fi avut caracteristicile unui act atacabil în sensul art. 230 CE.

Instanța UE a făcut trimitere la regulile de calificare a unui act în sensul acțiunii în anulare (art. 230 CE) – absența pertinentei naturii sau formei sale, criteriul producerii de efecte juridice obligatorii de natură a afecta interesele reclamantului, modificând în mod distinct situația sa juridică; necesitatea examinării substanței actului; printre altele, în privința absenței pertinentei formei unui act, Curtea a precizat că era lipsit de relevanță faptul că actul nu era desemnat drept „decizie” sau că nu se referea la art. 4 alin. (2), (3) sau (4) din Re-

gulamentul nr. 659/1999, precum și faptul că actul nu fusese notificat de Comisie statului în cauză, cu încălcarea art. 25 din regulament, întrucât un asemenea viciu nu era susceptibil să modifice substanța actului respectiv⁵ (pct. 45-47).

În al doilea rând, Curtea a amintit că, în temeiul art. 10 alin. (1) din regulament, Comisia avea obligația de a efectua o examinare atunci când deținea informații privind un ajutor pretins ilegal, oricare ar fi fost sursa informațiilor, examinare ce determina inițierea fazei preliminare a examinării prevăzute la art. 88 alin. (3) CE. Art. 13 alin. (1) din regulament impunea Comisiei să încheie faza preliminară a examinării prin adoptarea unei decizii în temeiul art. 4 alin. (2), (3) sau (4) din regulament, respectiv o decizie de constatare a inexistenței ajutorului, o decizie de a nu ridica obiecții sau o decizie de deschidere a procedurii oficiale de investigare, întrucât Comisia nu era autorizată să perpetueze o stare de inacțiune în cursul fazei examinării preliminare. La încheierea acelei faze a procedurii, Comisia era obligată fie să deschidă faza de examinare următoare, fie să claseze cauza prin adoptarea unei decizii⁶. Dacă, în urma examinării unei plângeri, Comisia ar constata inexistența unui ajutor de stat în sensul art. 87 CE, Comisia urma a refuza în mod implicit inițierea procedurii prevăzute la art. 88 alin. (2) CE⁷, printr-o decizie cu caracter definitiv, fiind imposibil să fie calificată drept o simplă măsură provizorie⁸ (pct. 49-51 și 53).

S-a arătat că beneficiarii garanțiilor procedurale prevăzute de acea dispoziție nu puteau obține respectarea lor decât dacă aveau posibilitatea de a contesta decizia potrivit

⁵ Hotărârea *Athinaiki Techniki/Comisia*, cit. supra, pct. 43 și 44.

⁶ *Ibidem*, pct. 40.

⁷ Hotărârea din 2 aprilie 1998, cauza C-367/95 P, *Comisia/Sytraval și Brink's France*, Rec. 1998, p. I-1719, pct. 47.

⁸ Hotărârile *CIRFS și alții/Comisia*, pct. 26, *Athinaiki Techniki/Comisia*, pct. 54 și 58.

⁴ Rec. 1993, p. I-1125.

art. 230 al patrulea paragraf CE; acel principiu se aplica atât în cazul în care decizia era adoptată pentru motivul că ajutorul era considerat de către Comisie compatibil cu piața comună, cât și atunci când aceasta era de părere că trebuia înlăturată însăși existența unui ajutor⁹ sau chiar atunci când aprecia că era vorba despre un ajutor existent¹⁰. Constatarea era coroborată cu art. 20 din Regulamentul nr. 659/1999, care reglementa drepturile părților interesate. Rezulta că, din moment ce Comisia examinase astfel de informații și adoptase o poziție în privința lor, aceasta adopta o decizie (pct. 54-55).

În speță, din moment ce Comisia constatarea lipsa unor motive suficiente care să fi justificat continuarea examinării plângerii, din cuprinsul actului în litigiu rezulta că acea instituție își formase o opinie definitivă cu privire la măsurile examinate, exprimându-și astfel intenția de a încheia examinarea preliminară; prin acea constatare, Comisia refuzase implicat să inițieze procedura oficială de investigare prevăzută la art. 88 alin. (2) CE. Or, recurenta, fiind o întreprindere concurentă a societății care beneficia de măsurile denunțate, era incontestabil una dintre părțile interesate în sensul art. 88 alin. (2) CE¹¹, în raport cu definiția acelei noțiuni de la art. 1 lit. h) din Regulamentul nr. 659/1999 (pct. 58-59).

3. Constatând săvârșirea de Tribunal a unei erori de drept și reținând că actul în litigiu trebuia considerat un act atacabil în sensul art. 230 CE, Curtea de Justiție a anulat hotărârea atacată. Curtea s-a referit ulterior la art. 61 primul paragraf din Statutul Curții de Justiție a Uniunii Europene, în sensul căruia

⁹ Hotărârea *Comisia/Sytraval și Brink's France*, cit. supra, pct. 47.

¹⁰ Hotărârea *CIRFS și alții/Comisia*, cit. supra, pct. 27; hotărârea din 16 mai 2002, cauza C-321/99 P, *ARAP și alții/Comisia*, Rec. 2002, p. I-4287, pct. 62.

¹¹ Hotărârea *Comisia/Sytraval și Brink's France*, cit. supra, pct. 41; Hotărârea din 9 iulie 2009, cauza C-319/07 P, *3F/Comisia*, Rep. 2009, p. I-5963, pct. 32.

ea putea, în cazul în care anula hotărârea Tribunalului, fie să soluționeze ea însăși în mod definitiv litigiul, atunci când acesta era în stare de judecată, fie să trimită cauza Tribunalului pentru a se pronunța asupra aceleia (pct. 64).

În speță, Curtea a retrimis cauza Tribunalului, reținând că nu era în măsură să se pronunțe cu privire la concluziile formulate de NDSHT prin care se urmărea anularea deciziei Comisiei, cuprinsă în scrisorile în litigiu, de a nu continua examinarea plângerii recurente privind ajutoare de stat pretins ilegale acordate de orașul Stockholm în favoarea SVB, întrucât aprecierea argumentelor recurente presupunea efectuarea unor aprecieri de fapt pe baza unor elemente care nu au fuseseră supuse aprecierii Tribunalului și nici nu fuseseră dezbătute de Curte (pct. 65).

Libera circulație a persoanelor.

Directiva nr. 2004/38/CE. Art. 16

alin. (4) și art. 28 alin. (3) lit. a).

Cetățean al Uniunii care s-a născut și a avut reședința mai mult de 30 de ani în statul membru gazdă. Absențe de pe teritoriul statului membru gazdă. Condamnări penale. Decizie de expulzare. Motive imperative de siguranță publică

(CJ, Marea Cameră, hotărârea din 23 noiembrie 2010, cauza C-145/09, *Land Baden-Württemberg/Panagiotis Tsakouridis*, nepublicată încă în Repertoriu)

Circumstanțele de fapt și de drept

În drept, art. 6 din Legea (germană) privind libera circulație a cetățenilor Uniunii (*Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von*

Unionsbürgern) din 30 iulie 2004 (BGBl. 2004 I, p. 1950), modificată subsecvent în februarie 2008 (denumită în continuare „FreizügG/EU”) prevedea, pe de o parte, la alin. (1), că doar motive de ordine publică, de siguranță publică și de sănătate publică puteau justifica pierderea dreptului de ședere, confiscarea certificatului privind dreptul de ședere sau de ședere permanentă și, respectiv, revocarea permisului de ședere sau a permisului de ședere permanentă, iar pe de altă parte, la alin. (2), că o condamnare penală nu era suficientă ca atare pentru a justifica măsurile sau deciziile menționate la alin. (1), ci trebuia să existe o amenințare efectivă și suficient de gravă care să fi vizat un interes fundamental al societății. Pentru pronunțarea unei decizii potrivit alin. (1), trebuia să se țină seama în special de durata șederii persoanei în cauză în Germania, de vârsta sa, de starea sa de sănătate, de situația sa familială și economică, de integrarea sa socială și culturală în Germania, precum și de intensitatea legăturilor sale cu țara sa de origine. În plus, constatarea de la alin. (1) nu se putea face, după dobândirea unui drept de ședere permanentă, decât pentru motive grave. În sfârșit, potrivit alin. (5) din art. 6, pentru cetățenii Uniunii și membrii lor de familie care se stabiliseră pe teritoriul federal în cei zece ani anteriori, constatarea la care se referea alin. (1) nu putea avea la bază decât motive imperative de siguranță publică. Nu existau motive imperative de siguranță publică decât dacă persoana în cauză fusese condamnată, printr-o hotărâre care dobândise autoritate de lucru judecat, pentru una sau mai multe infracțiuni comise cu intenție, la o pedeapsă privativă de libertate de cel puțin cinci ani sau dacă persoana în cauză reprezenta o amenințare teroristă.

În fapt, dl Tsakouridis, cetățean grec născut în Germania, unde obținuse o diplomă de absolvire a studiilor secundare, dispunea, din octombrie 2001, de un permis de ședere

nelimitată în acel stat membru. În perioada martie-octombrie 2004, dl Tsakouridis se deplasase în Grecia, unde exercitase o activitate economică, iar ulterior se întorsese în Germania, unde lucrase începând cu luna decembrie 2004. El se deplasase din nou în Grecia în octombrie 2005, iar la 22 noiembrie 2005, o instanță germană a emis un mandat internațional de arestare împotriva sa, pe temeiul căruia fusese arestat în Grecia la 19 noiembrie 2006, iar ulterior, la 19 martie 2007, fusese transferat în Germania.

Anterior, dl Tsakouridis înregistrase o serie de antecedente penale: o condamnare la plata mai multor amenzi, pentru deținerea unui obiect interzis, pentru loviri și vătămări corporale grave și pentru săvârșirea infracțiunii de vătămare corporală cu intenție în concurs cu infracțiunea de constrângere; o condamnare la plata unei amenzi pentru săvârșirea infracțiunilor de constrângere și de vătămare corporală cu intenție. La 28 august 2007, el fusese condamnat pentru comerț ilegal în grup organizat cu cantități importante de stupefiante, constituit din opt acte de executare, la o pedeapsă de șase ani și șase luni de închisoare.

Printr-o decizie din 19 august 2008, Regierungspräsidium Stuttgart a constatat pierderea de către dl Tsakouridis a dreptului de intrare și de ședere pe teritoriul german, punându-i în vedere că putea face obiectul unei măsuri de expulzare în Grecia, fără a stabili un termen pentru plecarea voluntară; fiind depășit pragul de cinci ani de închisoare, măsurile în cauză ar fi fost justificate de „motive imperative de siguranță publică” în sensul art. 28 alin. (3) lit. a) din Directiva nr. 2004/38¹ și al art. 6 alin. (5) din FreizügG/EU.

¹ Directiva nr. 2004/38/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 29 aprilie 2004 privind dreptul la liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre pentru cetățenii Uniunii și membrii familiilor acestora [...]; JO L 158, p. 77, rectificări în JO L 229, p. 35, și în JO 2005, L 197, p. 34, Ediție specială, 05/vol. 7, p. 56.

Printr-o acțiune din 17 septembrie 2008 la Verwaltungsgericht Stuttgart, dl Tsakouridis a contestat decizia Regierungspräsidium Stuttgart, invocând faptul că cea mai mare parte a familiei sale locuia în Germania, că el ar fi fost doar un membru subaltern al grupului organizat, că nu ar fi existat niciun pericol în sensul art. 6 alin. (1) din FreizügG/EU, întrucât fusese crescut și urmărea școala în Germania, că, întrucât nu ar mai fi reprezentat un pericol pentru ordinea publică după executarea pedepsei, constatarea decăderii sale din dreptul de intrare și de ședere pe teritoriul german ar fi fost disproporționată.

Printr-o hotărâre din 24 noiembrie 2008, Verwaltungsgericht Stuttgart a anulat decizia Regierungspräsidium Stuttgart, reținând că o condamnare penală nu era suficientă, ca atare, pentru a constitui temeiul decăderii din dreptul de intrare și de ședere al unui cetățean al Uniunii, decădere care presupunea un risc grav, efectiv și suficient care amenința un interes fundamental al societății în sensul art. 6 alin. (2) din FreizügG/EU. În plus, în cadrul transpunerii art. 28 alin. (3) din Directiva nr. 2004/38, decăderea din dreptul de intrare și de ședere în temeiul art. 6 alin. (1) din FreizügG/EU nu putea fi constatată în cazul unei persoane care locuise mai mult de zece ani pe teritoriul național, decât în prezența unor motive imperative de siguranță publică, potrivit art. 6 alin. (5) prima teză din acea lege. Instanța a decis că nu existau astfel de „motive imperative de siguranță publică” care să fi justificat expulzarea.

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, instanța sesizată cu judecarea apelului împotriva hotărârii Verwaltungsgericht Stuttgart, a adresat Curții de Justiție patru întrebări preliminare. Prima dintre acestea privea interpretarea noțiunii «motive imperative de siguranță publică» [art. 28 alin. (3) din directivă] în sensul justificării unei expulzări doar printr-o amenințare deosebit de gravă pentru secu-

ritatea externă sau internă a statului membru și dacă în sfera acelei securități intrau numai existența statului și a instituțiilor sale esențiale, funcționarea acestora, supraviețuirea populației, precum și relațiile externe și conviețuirea în pace a popoarelor. A doua întrebare a ridicat problema pierderii din nou a protecției sporite împotriva expulzării, dobândite după o ședere de zece ani în statul membru gazdă în temeiul art. 28 alin. (3) lit. a) din directivă; de asemenea, întrebarea a ridicat problema posibilității de aplicare prin analogie a condiției referitoare la pierderea dreptului de ședere permanentă prevăzută la art. 16 alin. (4) din directivă. A treia întrebare pornea de la premisa unui răspuns afirmativ la întrebarea precedentă, urmărind să stabilească dacă protecția sporită împotriva expulzării se pierdea prin simpla trecere a timpului, independent de motivele care au determinat absența. A patra întrebare avea în vedere aceeași premisă a unui răspuns afirmativ și urmărea să stabilească dacă returnarea forțată în statul membru gazdă în cadrul unor cercetări penale, înainte de expirarea termenului de doi ani, era de natură să mențină protecția sporită împotriva expulzării chiar dacă, în urma returnării, libertățile fundamentale nu puteau fi exercitate o perioadă îndelungată.

Soluția Curții de Justiție

Curtea a răspuns pentru început la ultimele trei întrebări, pe care le-a examinat împreună; ea a precizat că trebuia să stabilească în ce măsură absențele de pe teritoriul statului membru gazdă în perioada menționată la art. 28 alin. (3) lit. a) din Directiva nr. 2004/38 – zece ani anteriori deciziei de expulzare a persoanei în cauză, o împiedicau pe aceasta să beneficieze de protecția sporită prevăzută la acea dispoziție.

A fost amintit, în primul rând, obiectivul directivei – facilitarea exercitării dreptului

fundamental la liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre al cetățeanului Uniunii sau al membrilor familiei sale, și au fost citate considerentele (23-24) din preambul și art. 28 alin. (1), (2) și (3) din directivă în privința regulilor expulzării unei astfel de persoane (pct. 23-28). Instanța UE a reținut apoi că, deși art. 28 alin. (3) lit. a) din directivă impunea condiția prezenței acelei persoane pe teritoriul statului membru gazdă pentru o perioadă de zece ani anterioară măsurii de expulzare pentru a putea beneficia de protecția sporită, acel articol nu cuprindea vreo mențiune privind împrejurările care puteau determina întreruperea perioadei de ședere (pct. 29).

În al doilea rând, în privința consecințelor absențelor de pe teritoriul statului membru gazdă în cursul perioadei de zece ani, Curtea a reținut că, în sensul art. 28 alin. (3) din directivă, criteriul decisiv era cel al reședinței cetățeanului Uniunii în acel stat membru în cursul respectivei perioade. A fost precizată necesitatea aprecierii globale a situației persoanei la momentul precis în care se punea problema expulzării, care să fi luat în considerare durata fiecărei absențe a persoanei în cauză din statul membru gazdă, durata cumulată și frecvența acelor absențe, precum și motivele care o determinaseră să părăsească acel stat membru. Instanța UE a reținut că era important să se verifice dacă absențele implicau deplasarea către un alt stat a centrului intereselor personale, familiale sau profesionale ale persoanei în cauză (pct. 30-33).

În ultima parte a hotărârii, Curtea de Justiție a răspuns la prima întrebare preliminară, precizând că era chemată să stabilească dacă și în ce măsură criminalitatea legată de traficul de stupefiante în grup organizat era de natură să intre în sfera noțiunii „motive imperative de siguranță publică” [art. 28 alin. (3) din directivă] sau a noțiunii „motive

grave de ordine publică sau de siguranță publică” [art. 28 alin. (2) din directivă]; această din urmă ipoteză a fost adăugată de Curte, ea apreciind ca utilă furnizarea unui răspuns instanței de trimitere, chiar în absența unei solicitări în acea privință din partea celei din urmă (pct. 36-37).

În primul rând, s-a precizat că din modul de redactare și din economia art. 28 rezulta că, deoarece supusese orice măsură de expulzare în ipotezele prevăzute la art. 28 alin. (3) din directivă condiției existenței unor „motive imperative” de siguranță publică, noțiune care era considerabil mai strictă decât cea de „motive grave” în sensul alin. (2) al aceluși articol, legiuitorul Uniunii intenționase în mod evident limitarea măsurilor întemeiate pe alin. (3) la „împrejurări excepționale”; noțiunea „motive imperative de siguranță publică” presupunea nu doar existența unei atingeri aduse siguranței publice, ci și ca o asemenea atingere să fi prezentat un nivel de gravitate deosebit de ridicat, exprimat prin sintagma „motive imperative” (pct. 40-41).

În al doilea rând, instanța UE a prezentat o serie de considerații în privința siguranței publice, precizând că obiective precum lupta împotriva criminalității legate de traficul de stupefiante în grup organizat nu erau mod necesar excluse din acea noțiune, și a subliniat efectele devastatoare ale acelei forme de criminalitate (pct. 43-47).

În al treilea rând, Curtea a trimis la regulile de la art. 27 alin. (2) din directivă: conduita persoanei în cauză trebuia să constituie o amenințare reală și prezentă la adresa unui interes fundamental al societății sau al statului membru în cauză, existența unor condamnări penale anterioare nu putea justifica în sine luarea unor măsuri de ordine publică sau de siguranță publică; nu puteau fi acceptate motivări care nu era direct legate de caz sau care erau legate de considerații de

prevenție generală; în concluzie, o măsură de expulzare trebuia întemeiată pe examinarea individuală a cazului și nu putea fi justificată de motive imperative de siguranță publică în sensul art. 28 alin. (3) din directivă decât dacă, ținând seama de gravitatea excepțională a amenințării, o asemenea măsură era necesară pentru protejarea intereselor pe care urmarea să le garanteze, cu condiția ca acel obiectiv să nu fi putut fi atins prin măsuri mai puțin stricte, luându-se în considerare durata șederii cetățeanului Uniunii în statul membru gazdă și în special consecințele negative grave pe care expulzarea le putea avea asupra cetățenilor Uniunii care s-au integrat în mod real în statul membru gazdă (pct. 48-49).

Aplicarea directivei impunerea punerea în balanță, pe de o parte, a caracterului excepțional al amenințării privind siguranța publică reprezentate de comportamentul personal al persoanei în cauză, amenințare evaluată, dacă era cazul, la momentul la care urma a interveni decizia de expulzare, iar, de pe altă parte, a riscului de a compromite reinsertia socială a cetățeanului Uniunii în statul în care era în mod real integrat. Pedepsa pronunțată reprezenta element al aceluși ansamblu de factori. Instanța UE a reținut că o condamnare la o pedeapsă de cinci ani nu putea duce la o decizie de expulzare, fără a se ține seama de elementele menționate anterior (pct. 50-51).

Evaluarea trebuia să țină seama de drepturile fundamentale, în special de dreptul la respectarea vieții private și de familie (art. 7 din

Carta drepturilor fundamentale a UE și art. 8 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (pct. 52).

La verificarea caracterului proporțional al ingerinței cu scopul legitim urmărit (i.e. protejarea siguranței publice) trebuia să se ia în considerare în special natura și gravitatea infracțiunii săvârșite, durata șederii persoanei în cauză în statul membru gazdă, perioada care s-a scurs de la comiterea infracțiunii și conduita persoanei în cauză în acea perioadă, precum și soliditatea legăturilor sociale, culturale și familiale cu statul membru gazdă; or, Curtea a arătat că, întrucât persoana în cauză petrecuse în mod legal cea mai mare parte, dacă nu întreaga sa copilărie și tinerețe în statul membru gazdă, ar fi fost necesare motive foarte solide pentru justificarea măsurii de expulzare (pct. 53).

Instanța UE a concluzionat că traficul de stupefiante în grup organizat intra, cu atât mai mult, în sfera noțiunii „ordine publică”, menționată la art. 28 alin. (2) din directivă (pct. 54).

Curtea a trimis la competența instanței naționale de a verifica dacă comportamentul persoanei în cauză intra în sfera „motivelor grave de ordine publică sau de siguranță publică”, în sensul art. 28 alin. (2) din directivă, sau în cea a „motivelor imperative de siguranță publică”, în sensul art. 28 alin. (3), și dacă măsura de expulzare preconizată respecta condițiile menționate (pct. 55).

RECENZII



Miguel POIARES MADURO* și Loïc AZOULAI (ed.),
*The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law
Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty******

Despre aportul esențial al Curții de Justiție a Uniunii Europene în evoluția integrării europene s-a scris și se va mai scrie; deciziile Curții beneficiază de un interes constant în teorie și în practică. Cartea de față se înscrie în acest demers. Sunt grupate, în cadrul a 12 secțiuni, (una sau mai multe) decizii istorice („întemeietoare”) ale Curții de Justiție, fiecare dintre acestea fiind comentată de patru autori¹: un fost sau actual membru al Curții de Justiție (judecător sau avocat general) (perspectiva internă); un specialist consacrat în dreptul UE (clasic care revelează un clasic); un reprezentant al noii generații de specialiști în dreptul UE (perspectiva din viitor), în sfârșit un specialist al unei discipline juridice sau sociale, alta decât dreptul UE (perspectiva exterioară) (p. xiv).

Chiar dacă lucrarea este masivă (500 de pagini), totuși spațiul ei nu reflectă multitudinea și varietatea ideilor exprimate; multe dintre contribuții, deși restrânse, sunt surprinzător de bogate în idei; de asemenea, stilul celor 48 de autori este remarcabil de variat, de la expuneri succinte la unele detaliate, de la discursuri juridice la tratări de știință politică, ori de la prezentări de ordin istoric la abordări teoretice. Împrejurarea că autorii au comentat în mod independent deciziile istorice ale Curții, fără a cunoaște în prealabil contribuțiile celorlalți, deși nu a evitat suprapuneri ori repetiții inerente, are meritul cert de a sublinia diferențe de perspectivă, uneori notabile; este așadar importantă citirea comparativă a celor patru articole încadrate în fiecare secțiune. Recenzia încearcă să treacă în revistă măcar o parte din cele mai notabile reflecții de regăsit în lucrare².

Cei doi coordonatori ai volumului au oferit o introducere metodologică excelentă³. O întrebare fundamentală pe care au ridicat-o și la care au încercat să răspundă este aceea a determinării hotărârilor „clasice”, oferind și criteriile în acest sens: „Hotărârile „clasice” din jurisprudența unei instanțe judecătorești sunt acelea care supraviețuiesc trecerii timpului, dar și acelea care, chiar atunci când răspunsul lor juridic concret a devenit caduc sau au fost chiar infirmate, au supraviețuit prin efectele lor multiple în alte materii de drept. Ele sunt hotărâri cu impact sistemic, care întrupează o lecție normativă mai extinsă cu privire la ordinea juridică în care funcționează acea instanță judecătorească. Pentru a le identifica trebuie

* Profesor de drept al Uniunii Europene, Institutul Universitar European – Florența; fost avocat general la Curtea de Justiție (a Uniunii Europene) (2003-2009).

** Profesor de drept al Uniunii Europene, Institutul Universitar European – Florența; profesor de drept public la Universitatea Panthéon-Assas (Paris-II); fost referent juridic (*référéndaire*) la Curtea de Justiție a Uniunii Europene (2003-2006).

*** Hart Publishing, Oxford și Portland-Oregon, 2010, xx + 512 p., [ISBN] 9781841137124.

¹ Cuprinsul detaliat se regăsește la finalul recenziei. Lista autorilor și a titlurilor profesionale ale acestora este redată la pp. ix-xi din carte.

² În cuprinsul lucrării (contribuțiile fiind redactate anterior intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona) se face referire la dreptul comunitar; în recenzie este utilizată aceeași terminologie, cu mențiunea că în prezent vorbim despre „dreptul Uniunii Europene”. Aceeași observație este valabilă și în privința Curții de Justiție a Uniunii Europene, desemnată „CJCE”.

³ *The Past and Future of EU Law*.

să cercetăm nu doar însăși hotărârea particulară, ci și modul în care ea a fost interpretată și dezvoltată de instanță în alte cauze. Trebuie să studiem și atenția acordată ei de juriști, autori și de alți actori sociali. Dreptul constituie și o funcție a modului în care deciziile juridictionale sunt interpretate și contestate de către comunități juridice și sociale mai extinse în care activează o instanță” (p. xiii). În fapt, aceasta constituie sintetizarea ideilor pe care le ridică cartea. Metoda care se poate desprinde din volum constă în îndepărtarea de la faptele cauzei care a generat decizia Curții, în sensul trasării unei distincții între ceea ce este specific și ceea ce este general în respectiva cauză. În privința tipologiei celor 12 cauze reținute, Maduro și Azoulai au precizat existența a trei categorii („în funcție de caracterul și de natura impactului lor asupra ordinii juridice comunitare” – p. xv⁴): în primul rând, cauze care au instituit și care garantează autoritatea ordinii juridice comunitare (*Van Gend en Loos*, *Costa/ENEL*, *Simmenthal* și *Internationale Handelsgesellschaft*); în al doilea rând, cauze care legitimează autoritatea dobândită de această ordine juridică (*Internationale Handelsgesellschaft*, *Nold*, *Wachauf* și *ERT*; *Verzii/Parlamentul*; *Dassonville* și *Cassis de Dijon*; *Defrenne*, *Bosman*, respectiv *Martínez Sala* și *Baumbast*); în al treilea rând, cauze în care Curtea a stabilit limitele dreptului comunitar și domeniul de aplicare a regulilor sale și a reglementat potențialele conflicte între competențele comunitare și cele naționale (*AETR*, „*cer deschis*”; *CILFIT*, *Foto-Frost*) (p. xv-xvi). Coordonatorii volumului au accentuat faptul că revederea unor cauze clasice nu trebuie apreciată a urmări în principal să laude sau să critice jurisprudența trecută a Curții, ci să evidențieze multe din dificultățile prezente și viitoare cu care se confruntă instanța, acea jurisprudență anterioară putând să ofere indicii importante cu privire la modul în care ar putea fi soluționate în viitor aceste dificultăți: „[...] s-ar putea ca Curtea să fie confruntată cu două forțe contrare: pe de o parte, insecuritatea constituțională și blocajul politic probabil în creștere al Uniunii vor plasa din ce în ce mai mult Curtea în centrul unor chestiuni foarte sensibile din punct de vedere politic și social; pe de altă parte, chiar același context va tinde să sporească posibilitatea de contestare a deciziilor juridictionale și să rigidizeze soluțiile lor juridice (întrucât procesul politic este mai puțin capabil să le depășească)” (p. xix-xx). În sfârșit, în privința discutării unor posibile evoluții viitoare induse de hotărâri discutate în volumul de față, un autor (Herwig Hofmann) a emis o concluzie (aparent) paradoxală, în sensul că nu pot fi încă evaluate efectele deciziilor *Costa/ENEL* sau *Simmenthal II* (p. 68).

Volumul este construit inspirat, într-un mod progresiv, gradual, în sensul în care deseori contribuțiile care au avut ca obiect jurisprudența mai recentă a Curții au făcut referire la deciziile istorice anterioare respectivei jurisprudențe. Un alt aport însemnat al unor contribuții incluse în lucrare rezidă în enunțarea ipotezei absenței hotărârilor discutate din istoria integrării europene; este de exemplu metoda la care a recurs Takis Tridimas în privința *Van Gend en Loos*, *Costa/ENEL* ori *Internationale Handelsgesellschaft* (p. 100).

Perspectivile celor patru autori care au comentat decizia *Van Gend en Loos*, deși variate, au ca trăsătură fundamentală prezentarea tehnicii utilizate de Curtea de Justiție (sursa de inspirație fiind dreptul internațional public, de la care aceasta s-a îndepărtat însă⁵). Dacă Pierre Pescatore, membru al Curții la data pronunțării deciziei, a precizat, încă de la începutul contribuției sale, că hotărârile juridictionale sunt produsul unui litigiu și nu pot fi înțelese prin citirea și citarea lor fragmentară, „ca și cum ar fi texte legislative”, ci doar prin ridicarea anumitor întrebări cu privire la context⁶, Bruno de Witte a menționat semnificația continuă a deciziei și a început cu o contextualizare istorică⁷. Nivelul general

⁴ Deși chiar aceștia au precizat că unele cauze intră în mai mult de o categorie, totuși pot oferi împreună o reprezentare bună asupra evoluției ordinii juridice comunitare în jurisprudența Curții de Justiție (*ibidem*).

⁵ Aspect remarcat de Bruno de Witte și de Franz C Mayer, cu mențiunea că acesta din urmă a precizat că îndepărtarea s-a produs în egală măsură și față de dreptul național, prin recunoașterea autonomiei ordinii juridice a CEE (p. 20).

⁶ „Despre ce este vorba? Ce a generat litigiul? Ce a determinat *Tariefcommissie* olandeză să efectueze trimiterea preliminară? Care au fost argumentele părților și, în sfârșit, care au fost concluziile avocatului general?” (p. 3).

În plus, în cadrul prezentului volum, necesitatea contextualizării deciziilor Curții a fost subliniată și de alți autori.

⁷ „Inovația doctrinară majoră a *Van Gend en Loos* nu a fost descoperirea faptului că dreptul CEE putea avea efect direct. Înainte de 1963, nu erau necunoscute dispoziții auto-executorii în tratate internaționale. [...] Astfel, contribuția doctrinară crucială [...] a fost alta. A fost afirmația că dacă anumite dispoziții din Tratatul CEE aveau efect direct trebuia

al deciziei respective a privit recunoașterea existenței unor drepturi pentru particulari, nu doar pentru statele membre. Același autor a mai arătat și faptul că aportul deciziei în privința efectului direct ar rezida și în recunoașterea posibilității particularilor de a contesta norme de drept intern (pp. 12-13)⁸. La rândul său, Franz C Mayer a subliniat ca elemente fundamentale ale deciziei avansarea dialogului cu instanțele judecătorești naționale și perspectiva Curții de a interpreta (în mod indirect) dreptul național (i.e. „interpretarea dreptului național fără să interpreteze dreptul național”). Mayer a întreprins o distincție între efectul direct și aplicabilitatea directă, distincție care continuă să își păstreze actualitatea; în prezent, cele mai multe dispoziții de drept primar (al UE) sunt considerate a avea un efect direct și a fi direct aplicabile (p. 19). Autorul ridică o întrebare fundamentală: au cunoscut judecătorii CJCE ceea ce făceau? („Această întrebare conduce la un anumit deficit de istorie în cercetarea integrării europene”): răspunsul pe care a încercat să îl dea este acela că atitudinea Curții s-a constituit mai curând într-o reacție, decât într-un răspuns. Cele șase state membre ale CEE (la acea dată) reglementau în mod diferit raporturile între dreptul internațional și dreptul intern, Țările de Jos recunoscând un sistem monist (pp. 21-22). Daniel Halberstam, Ingolf Pernice (pp. 58-59) și Herwig CH Hofmann (pp. 60-61) (ultimii doi pentru *Costa/ENEL*) au interpretat *Van Gend en Loos*, respectiv *Costa/ENEL* drept recunoaștere a existenței unui sistem constituțional pe mai multe niveluri în cazul C(E)E (UE); toți cei trei autori au discutat pluralismul în ordinea juridică europeană și națională și interacțiunile dintre aceste ordini. Hofmann a văzut mai curând o împărțire a suveranității. În carte, aspectele constituționalismului în UE au în mod evident ca puncte de greutate acele două decizii menționate, împreună cu decizia *Simmenthal II*.

Integrarea (europeană), indusă prin jurisprudența istorică a Curții, a condus la dezintegrarea ordinii statelor; concluzia se regăsește atât la D. Halberstam⁹, cât și la H. Hofmann. Pentru Halberstam, ceea ce este notabil în cauza *Van Gend en Loos* este că, „[o]rdonând în mod direct instanțelor judecătorești ale statelor membre să aplice dreptul comunitar, Curtea Europeană de Justiție a înrolat aceste instituții de stat în serviciul imediat al Comunității. Aceasta se află într-o opoziție pronunțată față de dreptul internațional tradițional, în care structura instituțională a statului rămâne intactă. Încălcările dreptului internațional de către statele membre creează în general doar litigii între state. Și, chiar atunci când particularii pot acționa statele în justiție în mod direct, precum în temeiul capitolului 11 din NAFTA sau al CEDO, rezultatul litigiului este o hotărâre împotriva statului în calitate sa instituțională” (pp. 28-29). Pe de altă parte, „[d]rama [supremației dreptului comunitar recunoscută prin *Costa/ENEL*, n.n.] rezidă în aceea că, în calitate de chestiune instituțională, dreptul comunitar „superior” este infuzat în mod direct în procesul național de pronunțare a unei decizii. Aceasta decurge în întregime în mod natural din *Van Gend*” (*ibidem*). În plus, Halberstam a mai precizat că în această decizie dezagregarea constituțională a fost cuplată cu recalibrarea normativă a sistemului comunitar – adică întoarcerea normativă spre particular (*ibidem*). În aceeași direcție, Hofmann a subliniat că, prin aportul dreptului CE, distincția între dreptul internațional și dreptul național a devenit din ce în ce mai lipsită de importanță: „Dihotomia a fost înlocuită printr-o rețea în evoluție de structuri de exercitare a puterii publice într-un sistem de suveranitate partajată. Primul și cel mai vizibil aspect al suveranității partajate a fost crearea unei rețele judiciare de instanțe. Al doilea aspect al suveranității partajate, integrarea puterii legislative și executive, a devenit din ce în ce mai structurat în rețele care au evoluat deseori în reguli instituite în mod formal în tratatele fondatoare. Ambele evoluții sunt aspecte ale elementului important al „integrării” care a fost accentuat în *Costa/ENEL* și *Simmenthal II*, însă continuă să beneficieze de mult mai puțină atenție decât regula priorității” (p. 63)¹⁰.

decisă în esență chiar de Curtea Europeană de Justiție, în locul unor varii instanțe naționale conform propriilor păreri sau obiceiuri naționale în chestiune. [...] CJCE nu doar a *reclamat* un monopol privind interpretarea cu privire la acest aspect, ci și a *utilizat* această putere acordată sieși în cel mai extins mod” (p. 10).

⁸ Or, urmând această idee fundamentală, am putea reflecta la tendința contrară admisă de Curtea de Justiție în hotărârea *Keck și Mithouard*, care a încercat să limiteze propensiunea particularilor de a contesta drept național.

⁹ Care menționează chiar „dezagregarea statului” (p. 28).

¹⁰ În acest context, pot fi încadrate în respectiva tendință de exemplu consolidarea prin Tratatul de la Lisabona a rolului parlamentelor naționale în Uniunea Europeană în sistemul controlului respectării principiului subsidiarității ori sistemul de cooperare între autoritățile naționale de concurență și Comisia Europeană (instituit prin Regulamentul nr. 1/2003).

Metoda aleasă de Morten Rasmussen a fost regândirea tradiției narative a jurisprudenței timpurii a Curții, notând că „[a]tât literatură juridică, cât și cea de științe sociale privind CJCE repetă aceeași poveste întemeindu-se pe aceleași câteva analize standard ale jurisprudenței revoluționare, care, la rândul lor, se bazează pe un amestec de surse publice și de tradiție orală. Este timpul pentru contestarea acestei tradiții” (p. 70). Analiza standard pe care Rasmussen a citat-o în mod explicit a fost cea a lui Eric Stein¹¹, Rasmussen menționând și faptul că o analiză atât de critică precum cea întreprinsă de Hjalte Rasmussen¹² a recurs la tradiția orală pentru informații de ordin factual din anii 1950 și 1960. Putem afirma așadar că metoda lui M. Rasmussen se apropie de cea a lui Karen Alter; au fost cercetate arhive ale Comisiei, Consiliului, statelor membre, însă nu și ale Curții de Justiție. Or, tocmai această analiză factuală este surprinzătoare, fiind capabilă să dezvăluie (chiar dacă nu neapărat cu senzaționalism) aspecte mai puțin cunoscute ale modului în care s-a ajuns la o anumită decizie „istorică”, sau cel puțin să poată aproxima astfel de căi. Un exemplu notabil este cel al poziției prezentate colegiului de comisari de către serviciul juridic al Comisiei și pe care cel dintâi a adoptat-o la 31 octombrie 1962: memorandumul prezenta trei posibile scenarii pentru ordinea juridică europeană, dintre care primele două aveau în vedere dezvoltarea dreptului european într-un drept internațional tradițional. Cu excepția dispozițiilor exprese din tratate, nu ar fi existat efect direct, iar aplicarea dreptului european ar fi depins de parlamentele naționale și de bunăvoința guvernelor și administrațiilor naționale. Acele două modele au fost respinse, ca nefiind conforme cu trăsăturile fundamentale ale CE și întrucât ar fi eliminat complet orice protecție juridică pentru resortisanții naționali în domeniile de acțiune ale CE, și a fost preferată o a treia opțiune – instituirea unei ordini juridice în care toate dispozițiile tratatelor ar fi fost direct aplicabile și ar fi beneficiat de supremație în raport cu legislația națională. Or, decizia subsecventă a Curții nu a ieșit cu totul din forțele politice din Comunitate (pp. 75-77). Ambiguitatea din cursul negocierilor care au dus la constituirea ordinii juridice europene, având asemănări importante cu dreptul internațional tradițional, a lăsat loc unor interpretări curajoase ale Curții, ceea ce explică și divizarea internă din cadrul acesteia și răspunsul guvernelor naționale (p. 83)¹³. Rasmussen, asemenea altor autori care au contribuit la volum, a prezentat ca element al constituționalismului CE recunoașterea accesului particularilor la instanțe, astfel încât drepturile lor nu se mai aflau la discreția guvernelor sau a administrației naționale.

J.N. Cunha Rodrigues s-a exprimat inspirat cu privire la legătura între principiile fundamentale elaborate în deciziile istorice timpurii ale Curții: „Odată ce a fost stabilit efectul direct și supremația dreptului comunitar, a fost necesar să se proclame drepturile fundamentale ca atribut al particularului. [...] Se poate afirma că, în prezent, drepturile fundamentale pot face ele însele obiectul unei așa-numite metode funcționaliste în două privințe: prin consolidarea impactului lor social și prin adâncirea dimensiunii subiective a libertăților economice. Acea evoluție constituie încă moștenire a *Internationale Handelsgesellschaft* și *Nold*” (p. 96). Pe de altă parte, T. Tridimas a remarcat implicațiile politice „imense” ale acelor două decizii; există trei consecințe politice: în primul rând, deciziile au efectuat un transfer semnificativ de puteri în interiorul sistemului judiciar, de la curțile constituționale ale statelor membre înspre CJCE; în al doilea rând, deciziile au accentuat puterea Curții în raport cu celelalte ramuri ale „puterii” Comunității; în al treilea rând, ele au deschis drumul extinderii jurisdicției Curții asupra măsurilor naționale – pas realizat prin deciziile ulterioare *Wachauf* și *ERT* (p. 99). Mai mult, Tridimas a interpretat afirmarea supremației dreptului CE asupra dreptului constituțional (decizia *Internationale Handelsgesellschaft*) drept consolidare a soluției din *Costa/ENEL*, remarcând faptul că o soluție contrară, în sensul excluderii constituției din domeniul supremației, ar fi reprezentat un pas înapoi (p. 100). Același a respins o critică din literatură în sensul unei utilizări de Curte a drepturilor fundamentale

¹¹ *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, în *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, 1-27.

¹² *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

¹³ Rasmussen a subliniat cum „[r]evoluția juridică poate fi interpretată cel mai bine ca exemplu privind modul în care, prin mijloace juridice, forțe politice federaliste din cadrul instituțiilor Comunității au încercat să împingă CE spre o federație. Fără îndoială, constituționalizarea tratatelor de la Roma s-a produs mai mult (sau mai puțin) împotriva intenției părților contractante referitoare la Europa interguvernamentală promovată de de Gaulle” (p. 84).

într-un sens utilitarist, iar nu dintr-o preocupare autentică de a asigura respectarea lor: s-a recurs la această abordare ca scuză pentru extinderea influenței Curții în defavoarea statelor membre; or, a arătat Tridimas, „[i]n timp ce este corect că invocarea drepturilor fundamentale a permis Curții să își extindă jurisdicția și influența, o interpretare echilibrată a jurisprudenței ar face dificil să se susțină că nu au fost atinse așteptările ridicate în *Internationale* și în *Nold*” (p. 102). În sfârșit, merită reținută o afirmație cu valoare de principiu aparținând aceluiași: cu cât Comunitatea sau Uniunea¹⁴ dobândește mai multe puteri, cu atât mai mare este nevoia de garanții aferente drepturilor fundamentale; în viitor, rolul Curții este considerat a fi și mai important în această privință (p. 105).

Un articol dens este cel al lui Mattias Kumm care are ca obiect deciziile *Internationale Handelsgesellschaft* și *Nold*. Din această jurisprudență au fost extrase două consecințe pentru drepturile fundamentale: încorporarea în dreptul CE a unei trăsături centrale pentru constituțiile moderne, respectiv facilitarea consolidării autorității dreptului CE împotriva potențialelor contestații în fața instanțelor naționale în numele drepturilor constituționale interne (p. 106). Teza lui Kumm este aceea a avansării de Curte a unei noi paradigme a drepturilor fundamentale: a fost înlocuită paradigma legalistă tradițională cu o paradigmă raționalistă a drepturilor fundamentale. Aportul novator al Curții rezidă în depășirea paradigmei pozitivismului secolului al XX-lea, prin care principiile generale au fost utilizate în ordinele juridice moderne și în dreptul internațional doar ca „sursă” reziduală de ultimă instanță; Curtea a procedat la recunoașterea rolului principal al acestor principii, realizând ceea ce Kumm a denumit resuscitarea ideii de principii generale, în sensul revitalizării și reformulării remarcabile a unei concepții nepozitiviste despre drept (p. 111). A fost întreprinsă, de asemenea, o discuție asupra tradiției raționaliste și s-a precizat că recunoașterea drepturilor fundamentale drept condiție pentru legalitatea constituțională a condus la o împuternicire masivă a ramurii judiciare. Or, ulterior celui de-al doilea război mondial, constituțiile naționale instituiau un control judecătoresc doar în condițiile stipulate prin lege (p. 112). În paradigma raționalistă, discursul privind drepturile are ca obiect aprecierea justificărilor pentru acțiunile autorităților publice din perspectiva particularilor cărora li se impun obligații prin acele acțiuni (p. 115). O altă consecință a respectivei paradigme are în vedere modul în care se redactează deciziile (proporționalitatea în contextul unor alegeri complexe): mai elaborat și mai discursiv, însă Kumm a atras atenția asupra pericolului „juristocrației”¹⁵, în sensul în care nu se poate supraveghea totul (p. 117).

Deși descriptivă, contribuția lui Brun-Otto Bryde surprinde elemente importante ale reperelor jurisprudenței CJCE în materia drepturilor fundamentale, în direcția transformării Tratatului CEE într-o constituție, odată cu hotărârea *Internationale Handelsgesellschaft*; Bryde nu este singurul autor din volum care susține ideea evidentă a evoluției în direcția proclamării existenței unui catalog nescris de drepturi fundamentale în ordinea juridică (la acea dată comunitară) drept consecință firească (sau logică) a jurisprudenței *Van Gend – Costa/ENEL* (pp. 119-120). Ceea ce este însă de remarcat este faptul că, la acea dată, doar Italia și Germania dispuneau de sisteme de control al constituționalității legislației (Franța a introdus un atare sistem în 1971), astfel încât, prin urmare, în 1969-1970, Curtea nu a putut extrage o jurisprudență bine dezvoltată a drepturilor fundamentale în toate statele membre, fiind necesară realizarea unei trimiteri la cultura comună a drepturilor fundamentale (p. 123). Ulterior, odată cu *Nold*, s-a recurs la autoritatea CEDO în categoria instrumentelor internaționale în domeniul drepturilor omului. O idee întâlnită și în alte articole din lucrare este aceea a persistenței până în prezent („într-o oarecare măsură”) a unei semnificații relativ limitate a aspectelor aferente drepturilor fundamentale pentru jurisprudența Curții de Justiție, întrucât, în mare parte, acelea îndeplineau funcții economice și sociale (p. 125). O altă teză importantă avansată de Bryde este recurgerea de Curte la armonizarea drepturilor fundamentale prin CEDO.

¹⁴ Tridimas a făcut referire la al treilea pilon al UE anterior Tratatului de la Lisabona.

¹⁵ „Juristocracy” (en.).

Francis Jacobs a discutat jurisprudența *Wachauf*, pe care a calificat-o drept continuare a cauzelor *Hauer* și *Internationale Handelsgesellschaft*: în această jurisprudență a fost ridicată problematica drepturilor fundamentale în situația în care statele membre aplică dreptul comunitar. Jacobs remarcă faptul că evoluția *Wachauf* nu s-a încheiat încă, întrucât nu a fost soluționată în mod definitiv întrebarea dacă principiul trebuie aplicat doar când statele membre pun în aplicare dreptul comunitar sau dacă acel principiu trebuie să fie extins (p. 138)¹⁶.

Damian Chalmers a tratat evoluția în domeniul drepturilor fundamentale pe parcursul a 16 ani, începând cu *ERT*, hotărâre care instituie un regim dual în privința protecției drepturilor fundamentale, și a abordat și incertitudinile referitoare la aplicarea Cartei drepturilor fundamentale, potrivit formulei *ERT* (și inclusiv în privința protocolului referitor la Regatul Unit și a declarației unilaterale a Poloniei – p. 147).

În același context (*Wachauf* și *ERT*), Zdeněk Kühn a participat la discuția privitoare la „juristocrație” (temă abordată și de M. Kumm), în sensul de jurisdicționalizare (actuală) a politicii și a societății care, pentru unii, s-ar constitui într-o „papalitate seculară” (p. 151). A fost remarcată importanța supraevaluată acordată hotărârii *Internationale Handelsgesellschaft*: „În termeni practici, ceea ce contează cel mai mult pentru aplicarea dreptului UE în statele membre este întrebarea dacă, atunci când pun în aplicare dreptul UE, autoritățile naționale ale statelor membre sunt obligate, în privința dreptului UE, să respecte drepturile fundamentale (ale UE)”, dezlegare care a venit odată cu *Wachauf* (p. 152). O altă chestiune care merită subliniată în contribuția lui Kühn este comparația realizată între principiul *Wachauf* (în sensul căruia se urmărește mai curând sistemul drepturilor fundamentale ale UE, decât cadrul constituțional al statelor membre), respectiv interpretarea conformă a constituției (realitate degajată din dreptul german – în sensul de interpretare a legii, mai curând decât anulare a ei), unul din factorii cheie ai „noului constituționalism”. *Wachauf* a reaccentuat structura cvasi-federală a interferențelor dreptului UE și a dreptului național (p. 153). Așadar, potrivit lui Kühn, „logica integrării europene a abilitat instanțele naționale de drept comun și a decăzut curțile constituționale naționale prin controlul jurisdicțional, descentralizat de tip european, asupra dreptului național în privința conformității sale cu dreptul UE” (p. 160). O atare concluzie pertinentă trebuie pusă în legătură cu contribuțiile lui H. Hofmann și D. Halberstam.

CILFIT și *Foto-Frost* au fost „conexate” în cuprinsul acestui volum, operațiune care își găsește desigur justificare: urmând formularea inspirată a unuia dintre autorii care au contribuit la această secțiune (Daniel Sarmiento), prin cele două hotărâri s-a centralizat, respectiv descentralizat sistemul judiciar al Uniunii; un alt autor (Alec Stone Sweet) a considerat aceste cauze ca perspective înrudite, una a conflictului aferent supremației, cealaltă a gestiunii cauzelor. Paul Craig și David Edward au subliniat atât considerente normative, cât și practice în contextul acelor două cauze, în timp ce A. Stone Sweet a arătat un interes mai curând empiric, decât normativ. D. Edward a discutat sistemul trimerilor preliminare în contextul celor două cauze și a reflectat asupra viitorului raporturilor între instanțele naționale și Curtea de Justiție. P. Craig a ridicat întrebarea cum ar fi arătat dreptul UE fără *CILFIT*; răspunsul: (evident) foarte diferit, cel puțin în privința naturii arhitecturii globale a Comunității; or, *CILFIT* și (anterior) *Da Costa* au determinat „înrolarea” instanțelor naționale ca parte a rețelei de instanțe care judecă dreptul CE, cu CJCE în vârful acelei rețele, și „delegarea” instanțelor naționale în executarea dreptului CE (p. 186). P. Craig a întreprins o analogie, dublată de contrast, pentru aceste două cauze, abordând eventuala relaxare a jurisprudenței *Foto-Frost* (ceea ce ar implica atribuirea de competențe către instanțele naționale), idee față de care a exprimat însă îndoieli¹⁷. Daniel Sarmiento a discutat un prim aspect notabil, acela al motivelor Curții de a transforma – prin *CILFIT* – obligația de la art. 234 CE în prerogativă

¹⁶ Evident, această chestiune rămâne de actualitate în contextul art. 51 alin. (1) din Carta drepturilor fundamentale a UE.

¹⁷ „Ar exista probleme practice și conceptuale considerabile dacă normele comunitare ar trebui să fie considerate ca lipsite de validitate în anumite ordini juridice, iar în altele nu. [...] Nu ar trebui subestimate nici avantajele procedurale ale judecării unor astfel de chestiuni în fața CJCE, ceea ce permite participarea instituției comunitare ale cărei acte sunt

discreționară pentru instanțele naționale (p. 193), și a subliniat înclinația Curții spre o abordare verticală a raporturilor cu instanțele naționale (inclusiv *Da Costa*, *CILFIT*, *Foto-Frost* – jurisprudență care, potrivit lui Sarmiento, „ascunde o agendă ierarhică”). Așadar, prin *CILFIT*, Curtea a transformat sistemul trimerilor preliminare într-o instituție foarte apropiată de un apel european și a disciplinat rolul instanțelor naționale (p. 195). D. Sarmiento a propus, printre altele, o trecere spre o relație orizontală, nu de conflict constituțional, ci de dialog constituțional, și contrar sistemelor judiciare federale (pp. 199-200). Alec Stone Sweet a ales un titlu nimerit pentru contribuția sa¹⁸, punând în legătură producerea unei veritabile lovituri de stat și chestiunea autorității (Curții de Justiție); aceste schimbări au fost văzute de autor a avea valoare constituțională. Contextul discuției este mai general, cu încadrarea acțiunii instanței UE (în perioada jalonată de *Van Gend*, respectiv *Simmenthal II*) în paralel cu exercitarea controlului constituțional în Germania (inclusiv în privința incidenței drepturilor fundamentale în dreptul privat) și cu statutul drepturilor fundamentale în sistemul constituțional din Franța (pentru care drepturile fundamentale au devenit executorii, altfel decât prin acțiune parlamentară). A fost abordată transformarea sistemului art. 234 CE prin intermediul supremației și efectului direct: „Este evident, în prezent, că supremația și efectul direct privesc, în esență, efectivitatea dreptului CE, însă „efectivitatea” nu a avut o limită ultimă. În schimb, Curtea a dat buzna în mod regulat în domenii considerate anterior a fi inaccesibile ei; să ne gândim la doctrine asociate drepturilor, răspunderii statului și efectivității căilor de drept” (p. 206). Stone Sweet a constatat un acord în doctrină în sensul calificării supremației ca proces politic profund. Spre finalul contribuției, același a făcut trimitere la Hans Kelsen pentru a explica referința făcută la lovitura de stat în plan judiciar: „Curțile constituționale sunt parte evidentă și semnificativă a statului în sistemele constituționale moderne ale puterilor delegate. Atunci când își deleagă către ele însele o nouă autoritate jurisdicțională, „într-un mod care nu este prescris prin constituție”, modificând astfel în mod fundamental structura modalităților delegate, ne aflăm în mod prezumtiv în lumea unei lovituri de stat judiciare” (p. 208). Or această „lovitură de stat” s-a produs printr-o creștere constantă a puterii judiciare în raport cu legiuitorii și cu autoritățile executive.

Secțiunea a șasea este dedicată competențelor externe ale Uniunii Europene (configurate prin deciziile *AETR*, „*cer deschis*”, dar și prin avizul 2/94 privind aderarea la CEDO). Piet Eeckhout a calificat decizia *AETR* drept cea mai importantă decizie în domeniul relațiilor externe ale UE și a precizat că domeniul imens al competențelor externe exclusive (ale UE) este totuși insuficient studiat (p. 218). Abordarea aleasă de autor a fost una puternic constituționalistă. O observație foarte importantă care merită amintită aici este aceea că materia competențelor externe nu se referă la încheierea de către (fosta) Comunitate Europeană a unui acord internațional, ci chestiunea privește mai curând negocierea și acordul, în măsura în care regula este totuși aceea a acordurilor mixte (p. 220). Eeckhout a arătat și că nu ar fi posibilă infirmarea soluției *AETR*, care constituie o parte fermă a constituției UE (parțial nescrisă)¹⁹. Partea finală a contribuției a tratat avizul CEDO, calificat de autor ca precar, neexistând un acord politic privind aderarea la respectiva convenție; or, soluția Curții a confirmat perspectiva asupra drepturilor omului ca având o funcție pur negativă, ca simple limitări ale activităților întreprinse de UE, ele sunt doar condiții de legalitate, iar UE nu este considerată actor politic ce ar putea avea o contribuție pozitivă la definirea drepturilor fundamentale sau care ar putea face protecția acelor drepturi centrală cel puțin pentru unele dintre politicile sale (Eeckhout s-a referit la dreptul penal, imigrație și azil, combaterea terorismului) (p. 223). Ultimul articol al secțiunii, avându-l autor pe Robert Post, are ca noțiune centrală aceea de „organizare politică” („polity”), considerată aptă să explice instituțiile UE (p. 234); autorul a urmat teoretizări ale lui Carl Schmitt și Hannah Arendt, în scopul explicării interacțiunilor (presiunilor) politicilor

contestate și strângerea de informații notabile de la alte instituții ale Comunității și de la state membre. Prin urmare, nu sunt convins de argumentele că ar trebui eliminată limitarea *Foto-Frost* asupra instanțelor naționale” (p. 190).

Regăsim aici o reflectare vădită a regulilor formulate chiar de Curte în respectiva jurisprudență: cerința fundamentală a uniformității aplicării dreptului UE, respectiv poziționarea privilegiată a Curții de Justiție în sistemul judiciar al UE și accentuarea drepturilor la apărare ale părții al cărei act este contestat etc.

¹⁸ *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority: CILFIT and Foto-Frost*.

¹⁹ Această infirmare apare de neconceput (p. 221).

interne ale unei organizări politice în raport cu acțiunea externă a aceleia. Preocuparea a rezidat așadar în studierea legăturii între înființarea agorei interne și constituirea regimului politic abilitat pentru politica externă; în Comunitatea Europeană, a remarcat Robert Post, CJCE a utilizat o interpretare teleologică, pe modelul unei curți constituționale (decizia *AETR*) (p. 238). În contextul cauzelor „*cer deschis*”, în anii 1990, Comisia a cerut Consiliului mandat de negociere a acordului de transport cu SUA, iar subsecvent refuzului acestuia din urmă, a trebuit să intervină Curtea de Justiție (p. 244); formularea Curții pare autorului a fi „*schmittiană*” (în sensul apărării interesului comun) (p. 246). În plus, deși structura hotărârilor „*cer deschis*” este asemănătoare *AETR*, spiritul lor este distinct.

Cauza *Defrenne II* a fost tratată dintr-o dublă perspectivă (aspecte de procedură – primii doi autori, aspecte de drept material – celelalte două autoare). În calitate de prim aspect al cauzei, Eleanor Sharpston a amintit șocul resimțit în dreptul englez (*common law*), pe de o parte, prin recunoașterea efectului direct orizontal în cazul art. 119 CEE²⁰ (întrucât în spațiul englez, dreptul scris este precis, exact), iar pe de altă parte, prin interpretarea teleologică la care a recurs Curtea. În același context este citat locul celebru al lordului Denning (din 1974), pentru a se sublinia faptul că la acel moment nu erau cunoscute consecințele acțiunii viitoare ale CJCE (pp. 256-257). Al doilea aspect important a fost discutarea limitării în timp a efectelor unei hotărâri, aceasta realizându-se pentru prima oară în cauza menționată (același aspect a fost subliniat și de către Denys Simon, în contribuția sa imediat subsecventă²¹); or, critica contemporană acestei decizii a susținut îndeplinirea de Curte de Justiție a unei funcții legislative (pp. 258-259), sens în care ea a jucat un rol asemănător Curții Supreme din SUA. Denys Simon s-a întrebat cum ar fi arătat dreptul UE fără hotărârea *Defrenne II*, pe urmele lui Lecourt (fost președinte al CJCE), care s-a întrebat anterior cum ar fi arătat același drept în lipsa hotărârilor din 1963 și 1964. D. Simon a formulat reflecții despre statutul de principiu, în contextul constituționalismului din UE, al egalității de tratament prin art. 119 CEE (pp. 267-268). În plus, același arată cum *Defrenne* a fost prima cauză (în contextul egalității de tratament) care a operat o distincție între discriminarea directă și cea indirectă. Síofra O’Leary a fost preocupată, pe de altă parte, să discute modul în care Curtea, prin *Defrenne II*, a transformat titlul din tratat privind politica socială (p. 276)²². Mai mult, autoarea a criticat calitatea slabă a jurisprudenței CJCE în domeniul egalității de remunerare, întrucât metodologia de comparare se constituie în substanța aceluși articol. Concluzia globală a fost aceea că egalitatea de remunerare nu a fost încă realizată (p. 285). Horatia Muir Watt a remarcat ridicarea dispozițiilor art. 119 CEE de la o simplă prevedere de evitare a dumpingului social la principiu cu valoare constituțională (p. 286); în aceeași direcție cu Síofra O’Leary, și Horatia Muir Watt a subliniat dificultățile standardului de comparare; în plus, o altă apropiere între cele două autoare este aceea a viitorului rol al Curții în domeniu²³.

Hotărârea *Verzii/Parlamentul European* a făcut obiectul secțiunii următoare. Koen Lenaerts a întreprins o expunere minuțioasă a circumstanțelor pronunțării soluției, remarcând că momentul aceleia – 23 aprilie 1986 – nu a fost întâmplător: hotărârea a venit doar la câteva luni de la semnarea Actului Unic European în care statele membre nu reușiseră să modifice tratatul astfel încât să acorde Parlamentului calitate procesuală în temeiul art. 173 CEE (ulterior art. 230 CE²⁴); Curtea a urmărit respectarea protecției jurisdicționale egale în ordinea juridică comunitară, chiar în absența unui consens al statelor membre în această privință. Subsecvent, prin Tratatul de la Maastricht, soluția Curții a fost încorporată

²⁰ Ulterior art. 141 CE (în prezent, art. 157 TFUE).

²¹ Respectivul autor a considerat soluția de limitare în timp ca „echilibrată și justificată” „în cele din urmă”, spre deosebire de criticile exprimate în epocă (p. 272).

²² Transformare care a fost totuși limitată, întrucât, „principiul egalității de remunerare din art. 141 CE este un mijloc insuficient pentru atacarea variilor factori care sunt considerați îndeobște a contribui la o devalorizare a muncii feminine sau la concentrarea sa în anumite sectoare ori în anumite tipuri de locuri de muncă” (p. 279).

²³ „[...] Curtea are un rol esențial de jucat în viitor, în a menține oriunde posibil legătura pe care a stabilit-o în *Defrenne* între egalitate și preocupări de ordin social, care acum pot fi o condiție pentru supraviețuirea politicii sociale europene” (p. 292).

²⁴ În prezent, după modificare, art. 263 TFUE.

în tratat (p. 297). Potrivit lui Lenaerts, nucleul hotărârii *Verzii* este pct. 23, care expune atât caracterul „constituțional” al tratatului, cât și „sistemul complet de căi de atac și de proceduri” instituit prin tratat (*ibidem*); aceste două aspecte au fost cele dezvoltate în contribuția sa²⁵. Pe de o parte, ordinea juridică a Comunității conținea funcțiile unei constituții în sens clasic, evidențiindu-se astfel trei elemente: diviziunea orizontală, respectiv verticală a puterii și, în plus, protecția drepturilor fundamentale (p. 298). Mai mult, deși declarația Curții, în sensul că tratatul constituie carta constituțională, poate părea surprinzătoare, Lenaerts a argumentat că soluția nu are nimic revoluționar (p. 302), întrucât jurisprudența cotidiană indica aceeași direcție; de fapt, a remarcat autorul, începând cu avocatul general Lagrange în *Costa/ENEL* s-a recunoscut că Tratatul de la Roma avea caracter de constituție veritabilă. Pe de altă parte, din supremația dreptului comunitar se deduce sistemul protecției jurisdicționale, complet și coerent. Autorul a discutat caracterul complet (pe cale directă, respectiv indirectă – prin aportul instanțelor naționale), astfel relevat în cauză prin golurile identificate de jurisprudența ulterioară (*UPA* și *Jégo-Quéré*); subsecvent a fost subliniat caracterul coerent al sistemului căilor de drept. Pentru Jean-Paul Jacqué, hotărârea *Verzii* reprezintă o cauză tipică pentru abordarea constructivă a CJCE în prima generație a jurisprudenței (p. 318); subsecvent, autorul a discutat trei elemente esențiale ale hotărârii (Comunitatea – comunitate de drept; principiul echilibrului instituțional; tratatul – cartă constituțională). Jacqué a asemănat proclamarea naturii TCE de cartă constituțională cu perioada restaurării monarhiei în Franța (1815 și 1830): cartă nu emana din voința poporului, ci constituia mai curând un act de auto-limitare a monarhului (*charte octroyée*). Așadar, prin analogie, drepturile garantate prin tratate erau acordate de statele membre, în calitate de „artizani ai tratatelor” (p. 319). Jacqué a apropiat *Verzii* de *Costa/ENEL* prin tendința lor comună de îndepărtare de dreptul internațional (pp. 319-320). Pe de altă parte, accentuarea controlului actelor, din perspectiva CJCE, a condus la sublinierea importanței efectelor juridice față de terți. Consecința acestei expuneri este întrebarea cum ne raportăm în prezent la jurisprudența istorică (p. 323). Al treilea autor care a contribuit la această secțiune, Alberto Alemanno, a ales o abordare oarecum aparte încercând să studieze limite ale caracterului complet al sistemului căilor de drept prin tratat (astfel susținut de Curte), contextualizând cauza în dimensiunile ei istorică și sociologică (p. 326). A fost analizat art. 234 CE considerat ca remediul pentru condițiile stricte de admisibilitate impuse prin art. 230 CE, iar prezentarea evoluției jurisprudenței (în privința caracterului complet al căilor de drept) a constituit nucleul prezentării²⁶. Or, în optica Curții, caracterul complet (datorită art. 234 CE) al căilor de drept ar impune mai curând statelor membre să adapteze căile de drept și procedurile potrivit art. 10 CE, decât Curții să modifice interpretarea art. 230 al patrulea paragraf CE în scopul asigurării protecției jurisdicționale (poziție susținută de soluția în cauza *UPA*)²⁷ (p. 331). Concluzia lui A. Alemanno: *UPA* și *Jégo-Quéré* arată cum s-a stins în timp retorica caracterului complet al sistemului căilor de drept prin tratat (p. 332). Remarca preliminară a lui Neil Walker a fost aceea că în anele construcției naționale nu există analogie pentru rolul cheie judecat de CJCE în construcția Europei ca ordine politică integrată (p. 333); Walker a propus întoarcerea la rădăcinile etimologice ale ideii de constituție (p. 334) și a remarcat diferențele privind discuțiile privind constituționalismul în context supranațional (UE) față de

²⁵ În același loc se realizează o observație cu valoare principială, care s-ar putea aplica în egală măsură întregii jurisprudențe „istorice” discutate în volum: abia la două decenii (de la pronunțarea hotărârii Curții), consecințele aceleia pot fi revăzute și apreciate într-o nouă lumină.

²⁶ „În special, retorica caracterului complet astfel precizată în *Les Verts*, combinată cu posibilitatea foarte redusă de atacare directă a actelor normative ale CE în fața instanțelor CE a contribuit, în schimb, la canalizarea controlului jurisdicțional al actelor CE prin procedura trimiterii preliminare de la art. 234 CE. Văzut din această perspectivă, rolul jucat de *Les Verts* nu pare în mod necesar a fi avansat principiul protecției jurisdicționale efective, iar aceasta în măsura în care controlul jurisdicțional în temeiul art. 234 este mult mai puțin eficace decât în temeiul art. 230 CE. Aceasta întrucât procedura trimiterii preliminare prezintă mai multe inconveniente în comparație cu acțiunea în anulare. Controlul de legalitate în temeiul celui dintâi nu este doar lent și indirect, ci aprecierea sesizării Curții cu întrebarea se află în întregime la mila, cel puțin în practică, a instanței naționale. Prin urmare, este dificil să se creadă că art. 234 [CE] ar putea completa sistemul prin compensarea lacunelor care rezultă din setul de căi de drept dispuse în tratat, în special la art. 230 al patrulea paragraf [CE]” (pp. 328-329).

²⁷ Mai recent, această regulă a fost codificată prin Tratatul de la Lisabona [cf. art. 19 alin. (1) al doilea paragraf TUE, despre care se poate considera că reprezintă o consecință a obligației de cooperare loială – art. 4 alin. (3) TUE].

contextul național²⁸ (p. 336). Walker a subliniat și inexistența unei tradiții supranaționale a UE, generată de o combinație a doi factori: absența evoluției vreunei tradiții juridice indigene nivelului supranațional anterior tratatelor fondatoare în anii 1950, respectiv absența, imediat ulterior tratatului, a vreunui sentiment de apariție simultană a unei organizări politice europene în cadrele mai puternic autoritare și sociale (p. 337). Ceea ce a Walker a discutat pe larg a fost contextul dificultăților întâmpinate de discursul privind constituționalismul în UE, din perspectiva unei entități nestatale; el a remarcat dificultățile actuale induse de accentuarea caracterului *sui generis* al UE: „Fără îndoială, o sursă importantă a tribulațiilor actuale ale constituționalismului european rezidă în dominanța istorică a abordării *sui generis*” (p. 340), la care, de altfel a contribuit și Curtea de Justiție.

Volumul dedică o secțiune distinctă și cauzelor întemeietoare în materia cetățeniei Uniunii: *Martínez Sala*, respectiv *Baumbast*. În acest context, Christiaan Timmermans a ridicat trei întrebări: Care a fost valoarea adăugată a acestor decizii? Există vreoa anumită justificare care ar putea explica evoluția din jurisprudență? Această jurisprudență a fost confirmată și există încă potențial pentru o evoluție suplimentară? (p. 345). Nucleul analizei (pp. 349 și urm.) a condus la un răspuns afirmativ la ambele puncte ale ultimei întrebări, iar Timmermans a discutat pe larg ambele chestiuni, constatând interpretarea foarte extinsă pe care a dat-o Curtea art. 18 CE în raport cu dreptul derivat. Spre deosebire de Timmermans (care a evaluat cauza *Martínez Sala* a reprezenta o soluție mai convențională), Jo Shaw a calificat respectiva decizie drept cauză marcantă²⁹. Or, potrivit lui Shaw, aportul acelei jurisprudențe a constat, printre altele, pe de o parte, în slăbirea importanței criteriului economic în privința cetățeniei Uniunii, iar pe de altă parte, în persistența, în perspectiva Curții, a cetățeniei Uniunii în calitate de categorie reziduală. Agustín José Menéndez a considerat jurisprudența Curții în materie ca profund ambivalentă și a propus o abordare mai nuanțată³⁰, dintr-o dublă perspectivă – juridică și politică – pentru dovedirea caracterului ambivalent al evoluției acelei jurisprudențe. Menéndez a întreprins un excurs amplu în ceea ce am putea denumi „arheologia” liberei circulații a persoanelor, de la lucrători (CECO și CEE), trecând prin varii categorii de persoane (membri ai familiei lucrătorului, potențiali lucrători) până la statutul persoanelor devenite inactiv economic. Concluzia preliminară a fost aceea că libera circulație a lucrătorilor, prin aportul Curții și al dreptului derivat, a avut nu doar un rol de integrare economică, ci și politică. Or, urmând analiza, autorul a respins calificarea celor două decizii pomenite ca revoluționare³¹. În contextul aceluiași două decizii, Carlos Closa Montero a subliniat că avocații generali au fost mai curajoși decât jurisprudența Curții, aceasta din urmă fiind mai precaută (p. 396).

²⁸ „Rămâne, astfel, la fel de important ca la întrebările de definire constituțională să se răspundă la nivel supranațional, precum la nivel național. Este mai puțin clar dacă va fi vreodată posibil să se răspundă la ele într-un mod care să impună un acord general [...]”.

²⁹ „Este dificil de susținut în mod convingător că oricare dintre cauzele ulterioare privind cetățenia Uniunii în temeiul Tratatului CE, inclusiv *Baumbast*, sunt cu adevărat inovatoare în modul în care a fost fără îndoială *Martínez Sala*” (p. 357).

³⁰ „Acest capitol ridică o problemă moderată, însă directă împotriva acestei evaluări [a jurisprudenței în materie în sensul că respectivele două cauze ar fi făcut titularul de drepturi comunitare un cetățean politic civic și solidar, iar nu un actor de piață solitar și egoist; n.n.] și cheamă la o evaluare mai puțin triumfătoare a jurisprudenței Curții de la Luxemburg” (p. 364).

³¹ „Este suficient să examinăm succint jurisprudența Curții astfel dezvoltată înainte de Tratatul de la Maastricht pentru a înțelege că [hotărârile] *Martínez Sala* și *Baumbast* nu sunt hotărâri atât de revoluționare, în calitate de cauze importante care elucidează sau avansează principalele elemente ale jurisprudenței Curții. Sau, cu alte cuvinte, importanța lor nu rezidă atât de mult în caracterul lor revoluționar (implicațiile lor structurale și materiale sunt mai curând prietenoase față de jurisprudența anterioară a Curții, până în punctul în care se poate susține că CJCE s-ar fi putut pronunța în termeni asemănători chiar fără inserarea explicită a dispozițiilor privind cetățenia în dreptul primar al Uniunii), cât în faptul că ele împing destul de departe procesul de „abstractizare” și „umanizare” a definiției titularilor dreptului la libera circulație comunitară; în același timp, prin aceea că ele sporesc proeminența dreptului comunitar în raporturile juridice între stat și proprii resortisanți” (pp. 386-387).

Discutând jurisprudența *Francovich*, Damaso Ruiz-Jarabo Colomer a tratat chestiunea apropierei condițiilor răspunderii statelor membre pentru încălcarea drepturilor pe care particularii le obțin prin dreptul comunitar de condițiile răspunderii (extracontractuale a) instituțiilor Comunității (art. 288 al doilea paragraf CE), apropiere care a restrâns întinderea condițiilor răspunderii statelor membre, cauzând rigiditate și, de asemenea, îngustime a interpretării date condițiilor de angajare a răspunderii (pp. 409-410). În susținerea diferențierii între cele două tipuri de răspundere, Colomer a citat și avocatul general Legér în cauza *Hedley Lomas*, avocat general care a susținut existența unei diferențe fundamentale între cele două tipuri de răspundere³². Or, potrivit lui Colomer, reducerea principiului *Francovich* doar la un aspect al efectivității ar fi prea limitată, consecințele sale putând fi mult mai ample în privința garantării drepturilor individuale (p. 411). Pe de altă parte, Andrea Biondi a remarcat că în sistemul unor instituții federale este foarte dificil ca particularii să obțină reparații, situația din UE fiind asemănătoare celei din SUA (p. 413). Răspunderea statelor membre în dreptul comunitar are caracter distinct față de regimul general al dreptului internațional. Biondi a remarcat faptul că în sistemul UE protecția jurisdicțională reprezintă doar un instrument funcțional pentru modelul de reglementare (sau normativ) al aplicării uniforme a dreptului UE și a armonizării în Uniune; în plus, în aplicarea dreptului UE, este inerentă tensiunea între uniformitate și diversitate. Julio Baquero Cruz a procedat la o descriere generală a caracteristicilor fundamentale ale dreptului Uniunii Europene (pp. 418 și urm.), care ar putea fi inclusă în orice introducere privind ordinea juridică a UE. Într-un sens asemănător lui Biondi, și Cruz a remarcat tensiunea între existența și aplicarea dreptului în UE, ceea ce constituie o caracteristică pentru sistemele federale în fazele lor inițiale critice; pentru a ilustra acea tensiune, în contextul jurisprudenței *Francovich*, au fost citate deciziile *Brasserie du Pêcheur* și *Köbler*. Mai mult, autorul a subliniat că decizia *Francovich* reprezintă o continuare a jurisprudenței anilor 1960 (*Van Gend en Loos*, *Costa/ENEL*) și a ridicat problema în ce măsură imaginea, reprezentarea în plan juridic din acea decizie coincide cu practica reală din statele membre (p. 420). Concluzia provizorie a fost aceea că, în pofida *Francovich*, în multe cazuri lucrurile par a merge ca înainte (p. 421). Titlul contribuției lui Cruz, care face trimitere la un „drept imperfect”, implică dreptul (norma) lipsită de sancțiuni; or, autorul a avertizat că sancțiunile nu sunt întotdeauna utile pentru a soluționa problemele structurale mai profunde ale sistemului (p. 422). Roger van den Bergh a întreprins o analiză de drept și economie, care a avut ca concluzie faptul că, în contextul deciziei *Brasserie du Pêcheur*, CJCE a acceptat argumentele de ordin economic împotriva unui domeniu prea extins al răspunderii statului; în schimb, autorul a subliniat în repetate rânduri justiția (din perspectiva de drept și economie a) poziției Curții privind calificarea gravității încălcării dreptului UE, apreciere care este oarecum contrară celorlalți autori din secțiunea dedicată jurisprudenței *Francovich*.

Penultima secțiune a volumului³³ are ca obiect jurisprudența *Dassonville – Cassis de Dijon*. Allan Rosas a formulat o observație mai generală, cu valoare metodologică, atunci când a remarcat necesitatea analizării contextului cauzelor³⁴. Autorul a remarcat, în plus, că multe hotărâri preliminare importante pronunțate de Curte (în acea materie) au provenit de la instanțe judecătorești inferioare (p. 435). Momentul *Keck* a constituit un reviriment al jurisprudenței, astfel încât „extins” nu echivalează cu absența unor limite, după cum s-ar fi putut considera prin formula *Dassonville*³⁵; Rosas a atras atenția că aplicarea art. 28 CE privește mai curând libera circulație a mărfurilor, iar nu un liberalism economic

³² În domeniul dreptului comunitar, instituțiile acționează ca legiuitor primar, în timp ce statele membre sunt restricționate prin normele de drept comunitar, care țin cont și de principiul preeminenței; ceea ce, pe cale de consecință, face ca marja de apreciere deținută de statele membre să nu fie comparabilă celei a instituțiilor comunitare (*ibidem*).

³³ Cea din urmă secțiune examinează decizia *Bosman*, cele patru articole discutând cu preponderență raporturile între „dreptul sportului” și dreptul UE.

³⁴ „Unele din comentariile jurisprudenței CJCE privind libera circulație a mărfurilor (precum și în unele din celelalte materii ale dreptului UE) suferă de absența aprecierii împrejurărilor particulare ale fiecărei cauze” (p. 435).

³⁵ Pct. 5 din hotărâre: „[...] orice reglementare comercială a statelor membre susceptibilă să împiedice direct sau indirect, în mod efectiv sau potențial comerțul intracomunitar trebuie considerată ca măsură cu efect echivalent unor restricții cantitative”.

în sine (pp. 437-438). Alte limite ale acestei formule au fost precizate mai recent (*Comisia/Italia*, cauza C-110/05), astfel încât, „[...] în prezent, jurisprudența CJCE continuă să se întemeieze pe *Dassonville* și pe *Cassis de Dijon*, atenuată de *Keck și Mithouard* și clarificată prin recenta [decizie] *Comisia/Italia*³⁶. O jurisprudență abundentă oferă clarificarea și sofisticarea suplimentare” (p. 444). Rosas crede totuși că formula din *Keck* nu trebuie luată literal, în sensul că ar fi frivole contestările legislației naționale (p. 441), și a avertizat că „nu trebuie exagerată importanța structurii conceptuale a argumentului juridic în domeniul liberei circulații a mărfurilor” prin jurisprudența subsecventă a Curții (p. 444)³⁷. O altă observație cu valoare principală, care trebuie reținută este aceea că dezvoltarea legislației comunitare care armonizează dreptul național poate explica parțial reducerea semnificativă în prezent a numărului de cauze care au ca obiect art. 28 CE³⁸: potrivit Comisiei Europene, aproximativ jumătate din comerțul cu mărfuri în UE este de resortul legislației armonizate (p. 443). În privința eventualei soluții de armonizare a abordării celor patru libertăți fundamentale, Rosas a avansat existența unor limite ale acelei soluții, date fiind diferențele de drept și de fapt existente între libertăți, și a menționat tendința mai recentă a instanței UE de a evita aplicarea a două sau mai multe libertăți fundamentale aceleiași situații de fapt, urmând o motivare a centrului de gravitate. În chip de concluzie, Rosas a menționat posibilitatea clarificării viitoare de Curte a modului de aplicare *in concreto* a testului accesului pe piață (p. 446). Pentru Kalypso Nicolaidis, discursul de știință politică (la care a recurs) abordează moștenirea jurisprudenței *Cassis de Dijon* (care constă în promovarea recunoașterii reciproce) în privința efectelor sau ecurilor din sfera politică. Autoarea a avansat o predicție în sensul că transferul orizontal de suveranitate între state, produs prin respectiva decizie este puternic conflictual și nu va avea loc fără o rezistență serioasă (p. 450). „La generalizarea prin procedura legislativă, cea mai mare parte a jurisprudenței CJCE post-*Cassis* s-a tradus într-o recunoaștere controlată³⁹, nu pură, prin care recunoașterea nu este o alternativă la tratamentul național și la armonizare, ci un principiu împărțit de toți, care păstrează controlul rezidual al țării gazdă și armonizarea. În această privință, *Cassis* a fost, în fapt, nu o continuare, ci o ruptură față de *Dassonville*”; or, trecerea din arena judiciară în cea legislativă permite clarificarea colecției de instrumente utilizate pentru recunoașterea controlată (p. 452). În introducerea contribuției sale, Nicolas Bernard a amintit periodizarea în cinci generații a dezvoltării pieței interne (inițiată cu *Dassonville*) la care anterior a recurs Weiler⁴⁰ și a subliniat, pe urmele acestuia din urmă, limitările inerente ale unei expuneri care se concentrează (doar) asupra unor cauze (cheie): interpretarea cauzelor în lumina evoluțiilor ulterioare ar însemna învestirea acelor hotărâri cu un sens și cu o semnificație pe care, la pronunțarea lor, nu le-au posedat în mod necesar (p. 457). Se poate remarca natura polemică a contribuției față de cea a profesorului Weiler⁴¹, ceea ce o face și mai interesantă. Barnard a urmărit expunerea, pe de o parte, a diferențelor profunde între cele două decizii referitoare la interzicerea măsurilor cu efect echivalent, iar pe de altă parte, a problemelor induse de „interpretarea patologică” a raporturilor dintre cele două cauze, ceea ce a determinat evoluția „nesănătoasă” a dreptului privind libera circulație în piața internă. În sens contrar lui Weiler, Barnard a subliniat necesitatea contextualizării deciziei *Dassonville*, pentru a contracara o interpretare (excesiv de) extinsă (pe care o consideră eronată) a formulei clasice enunțate la pct. 5 din considerentele acestei hotărâri; or, interpretarea contextualizată a hotărârii (prin precizarea împrejurărilor formulei enunțate la pct. 5 din considerente) de regăsit la pct. 4 din hotărâre, prin recurgerea de Curte la un limbaj aferent discriminării și prin sublinierea de aceeași a competenței statelor membre de a adopta măsuri pentru împiedicarea practicilor nelocale, prin cercetarea jurisprudenței Curții⁴² etc.) conduce la restrângerea domeniului acelei formule (pct. 458).

³⁶ Alături desigur de *Mickelsson și Roos* (C-142/05), cauză care era pendinte la data scrierii articolului.

³⁷ Distincțiile complexe operate de Curte în domeniu par autorului a avea un ton de scolasticism (*ibidem*).

³⁸ În sensul că s-a produs un transfer dinspre interpretarea art. 28 CE spre cea a dreptului derivat al UE.

³⁹ „Managed” (en.).

⁴⁰ *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods*, în P. Craig și G. de Búrca (ed.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 349-376.

⁴¹ Deși acea contribuție este denumită „articol clasic” (p. 463).

⁴² Barnard a opus soluția din *Dassonville* soluției atinse de Curte (cvasi-concomitent) în hotărârea *Reyners*, în care a recunoscut efectul direct al art. 52 CEE (ulterior art. 43 CE); or, *Dassonville*, spre deosebire de *Reyners*, nu a compensat deficiențele procesului legislativ prin sporirea integrării negative (p. 458).

Diferența fundamentală între cele două decizii rezidă în explicarea în *Cassis de Dijon* a contextului – i.e. existența disparităților de ordin legislativ național – pe când în *Dassoville* a fost enunțată doar o definiție *a priori* (p. 459). Întrucâtva polemic, Bernard a susținut și diferența existentă între piața internă și un regim de comerț internațional⁴³. Au fost prezentate ulterior câteva direcții ale evoluției ulterioare a cuplului *Dassonville – Cassis de Dijon*⁴⁴, iar Bernard s-a pronunțat împotriva interpretării neolibérale a formulei *Dassonville*, promovată în special de școala ordo-liberală germană: dimpotrivă, Curtea (prin promovarea cerințelor imperative) a fost destul de tolerantă cu reglementarea statală în cadrul pieței interne (p. 462). De asemenea, Bernard a respins și criticile aduse în literatură deciziei *Keck*, precizând că alternativele la aceasta din urmă (promovarea noțiunii de restricție sau de împiedicare a accesului pe piață) rămân la fel de problematice (p. 463). În încheiere, autorul a chestionat susținerea lui Weiler în sensul convergenței între piața internă și regimul comerțului internațional (GATT). Ultimul autor inclus în secțiune, Donald H. Regan, a ales o perspectivă dublă, de ordin interpretativ și de ordin politic pentru a discuta aceleași cauze. Pentru ambele planuri, autorul a considerat *Dassonville* a fi chiar de la începuturi rea. Autorul a subliniat prioritatea absolută acordată de instituțiile Comunității susținerii că un produs comercializat oriunde în Comunitate ar trebuie comercializat oriunde, caz în care ar fi indezirabilă o piață unică realizată complet, care impune o circulație total nestânjenită (a mărfurilor) (pp. 467-468). În plan politic, autorul a subliniat, în contextul aprecierii proporționalității în sens strict, că instanțele naționale sunt cel mai bine situate pentru a aprecia caracterul rațional al reglementării naționale (p. 470).

Concluzionând, se poate afirma fără ezitări că ne aflăm în prezența unei lucrări de referință din bibliografia privind deciziile istorice ale Curții de Justiție. Pe de o parte, în acest volum există contribuții care cuprind observații metodologice esențiale pentru orice cercetare solidă în domeniul dreptului UE. Pe de altă parte, revederea jurisprudenței istorice („întemeietoare”) a Curții nu este (și nu are cum să fie) niciodată obositoare (prin repetiție) sau inutilă: de la *Van Gend* încoace, deciziile întemeietoare nu și-au epuizat efectele; ele se vor putea dezvolta și în viitor. În plus, revederea jurisprudenței „întemeietoare” se poate face și printr-o interogație de felul cum ar fi arătat dreptul UE în absența unei anumite hotărâri a Curții?, dar și printr-o „distanță” în timp; or, în situația deciziilor istorice, cu cât termenul scurs de la pronunțarea lor este mai lung, cu atât influența lor asupra dezvoltării dreptului UE pare a putea fi apreciată mai clar. În sfârșit, predicția coordonatorilor (făcută în etapa ratificării a ceea ce este în prezent Tratatul de la Lisabona) pare a fi în curs de împlinire: are loc o „jurisdicționalizare” continuă a interpretării și aplicării dreptului UE, proces în care Curtea de Justiție este chemată să se pronunțe în litigii cu o semnificativă încărcătură politică.

Mihai BANU*

Cuprinsul lucrării

- I. **Case 26/62, NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen**
 1. *Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A View from Within (Pierre Pescatore)*
 2. *The Continuous Significance of Van Gend en Loos (Bruno De Witte)*

⁴³ „Eliminarea tuturor obstacolelor în calea schimburilor, inclusiv cele rezultate din disparități între legislațiile statelor membre, este exact ceea ce distinge o piață internă de un simplu regim liberalizat de comerț internațional. Singura întrebare este acum cum procedăm cu eliminarea acelor obstacole” (p. 450).

Tot în acel loc s-a subliniat faptul că imediat subsecvent introducerii în *Cassis de Dijon* a principiului recunoașterii reciproce, acesta a fost neutralizat prin doctrina cerințelor imperative de interes general.

⁴⁴ Evoluția complexă a jurisprudenței Curții este pusă de autor în legătură cu reinterpretarea formulei *Dassonville*, subsecvent deciziei *Cassis de Dijon*, din perspectiva acesteia din urmă.

* Se cuvin mulțumiri dl-ui profesor Miguel Poiares Maduro.

3. *Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law* (Franz C. Mayer)
 4. *Pluralism in Marbury and Van Gend* (Daniel Halberstam)
- II. Case 6/64, *Flaminio Costa v ENEL* and Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA***
1. *The European Court of Justice and the Doctrine of Supremacy: Van Gend en Loos; Costa v ENEL; Simmenthal* (Nial Fennelly)
 2. *Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law* (Ingolf Pernice)
 3. *Conflicts and Integration: Revisiting Costa v ENEL and Simmenthal II* (Herwig Ch. Hofmann)
 4. *From Costa v ENEL to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution* (Morten Rasmussen)
- III. Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* and Case 4/73, *J Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities***
1. The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order (José Narciso Cunha Rodrigues)
 2. Primacy, Fundamental Rights and the Search for Legitimacy (Takis Tridimas)
 3. *Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm* (Mattias Kumm)
 4. The ECJ's Fundamental Rights Jurisprudence – a Milestone in Transnational Constitutionalism (Brun-Otto Bryde)
- IV. Case C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others*, and Case 5/88, *Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft***
1. Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law (Francis J. Jacobs)
 2. Looking Back at ERT and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda (Damian Chalmers)
 3. Wachauf and ERT: On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review (Zdeněk Kühn)
 4. 'All the guidance', ERT and Wachauf (Pedro Cruz Villalón)
- V. Case 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health* and Case 314/85, *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost***
1. CILFIT and Foto-Frost in their Historical and Procedural Context (David Edward)
 2. The Classics of EU Law Revisited: CILFIT and Foto-Frost (Paul Craig)
 3. CILFIT and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe (Danel Sarmiento)
 4. The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority: CILFIT and Foto-Frost (Alec Stone Sweet)
- VI. Case 22/70, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities (European Agreement on Road Transport, ERTA)*; Joint Cases C-466/98, *Commission v United Kingdom*; C-467/98, *Commission v Denmark et al (Open Skies Judgments)* and Opinion of the Court 2/94 on the Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**
1. The EC External Competencies: From the ERTA Case to the Opinion in the Lugano Convention (Paolo Mengozzi)
 2. Bold Constitutionalism and Beyond (Piet Eeckhout)
 3. ERTA, ECHR and Open Skies: Laying the Grounds of the EU System of External Relations (Christophe Hillion)
 4. Constructing the European Polity: ERTA and the Open Skies Judgments (Robert Post)

VII. Case 43/75, *Gabrielle Defrenne v Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*

1. The Shock Troops Arrive in Force: Horizontal Direct Effect of a Treaty Provision and Temporal Limitation of Judgments Join the Armoury of EC Law (Eleanor Sharpston)
2. SABENA is dead, Gabrielle Defrenne's case is still alive: the old lady's testament... (Denys Simon)
3. Defrenne II Revisited (Siofra O'Leary)
4. Gender Equality and Social Policy after Defrenne (Horatia Muir Watt)

VIII. Case 294/83, *Parti écologiste 'Les Verts' v European Parliament*

1. The Basic Constitutional Charter of a Community Based on the Rule of Law (Koen Lenaerts)
2. Les Verts v The European Parliament (Jean-Paul Jacqué)
3. What Has Been, and What Could Be, Thirty Years after Les Verts/European Parliament (Alberto Alemanno)
4. Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ (Neil Walker)

IX. Case C-85/96, *María Martínez Sala v Freistaat Bayern* and Case C-413/99, *Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department*

1. Martínez Sala and Baumbast revisited (Christiaan Timmermans)
2. A View of the Citizenship Classics: Martínez Sala and Subsequent Cases on Citizenship of the Union (Jo Shaw)
3. European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast: Has European Law Become More Human but Less Social? (Augustín José Menéndez)
4. Martínez Sala and Baumbast: an institutionalist analysis (Carlos Closa Montero)

X. Joint Cases C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*

1. Once Upon a Time – Francovich: From Fairy Tale to Cruel Reality? (Damaso Ruiz – Jarabo Colomer)
2. In Praise of Francovich (Andrea Biondi)
3. Francovich and Imperfect Law (Julio Baquero Cruz)
4. Francovich and its Aftermath: Member State Liability for Breaches of European Law from an Economic Perspective (Roger Van den Bergh)

XI. Case 8/74, *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville* and Case 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*

1. Life after Dassonville and Cassis: Evolution but No Revolution (Allan Rosas)
2. Kir Forever? The Journey of a Political Scientist in the Landscape of Mutual Recognition (Kalypso Nikolaïdis)
3. On the Art of Not Mixing One's Drinks: Dassonville and Cassis de Dijon Revisited (Nicolas Bernard)
4. An Outsider's View of Dassonville and Cassis de Dijon: On Interpretation and Policy (Donald H. Regan)

XII. Case C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal Club Liégeois SA v Jean-Marc Bosman and Others* and *Union des Associations Européennes de Football (UEFA) v Jean-Marc Bosman*

1. The Development of the Law and the Practice in the post-Bosman Era (Marko Ilešič)
2. Bosman Changed Everything: The Rise of EC Sports Law (Stephen Weatherill)
3. Bosman: The Genesis of European Sports Law (Stefaan Van den Bogaert)
4. Inherit the Wind: A Comment on the Bosman Jurisprudence (Gianni Infantino and Petros C. Mavroidis)

Elsa BERNARD*

La spécificité du standard juridique en droit communautaire**

Prestigioasa colecție „Dreptul Uniunii Europene” a Editurii Bruylant a fost îmbogățită recent cu o lucrare de reflecție asupra caracterului specific al standardului juridic în dreptul comunitar/al Uniunii Europene. Prefața, semnată de Denys Simon, configurează aspectele de prioritate ale cercetării (este prioritară în privința unei analize globale) și identifică particularitățile conceptualizării subiectului tratat – trecerea de la dreptul pozitiv al UE la teoria interpretării, având ca finalitate teoria dreptului. Lucrarea se află la intersecția pluridisciplinară a dreptului Uniunii Europene cu teoria generală a dreptului, autoarea reușind să pună în valoare conceptele stricte și să le contureze o viață proprie exact în ramura de drept care are o înclinație naturală către versatilitate conceptuală. Tocmai de aceea, analiza trebuie urmărită pas cu pas: de la structura conceptuală la surprinderea dreptului Uniunii Europene în cadrul acestui concept, volumul se citește ca un roman polițist, cu un *suspans kantian* – unic în zilele noastre.

Acest „studiu remarcabil” (cum scrie, pe drept cuvânt, profesorul Guy Haarscher) îmbină rigoarea filozofică și a argumentării cu analiza ordinii juridicii europene (sunt prezente analize despre interpretare, subsidiaritate, proporționalitate, competențele UE, cooperarea loială) și ajunge la analize pertinente în anumite domenii de drept material (clauze abuzive, concurența neloială etc.).

Cum poate un concept marginal să pătrundă și să dea esență unui domeniu atât de vast, chiar destructurat?¹ Epoca post-modernă ne-a arătat că lipsa unui sistem este un principiu, iar noul drept, al Uniunii Europene, nu face excepție: nu suntem în prezența unui sistem de drept, ci a unei ordini juridice. De fapt, paradoxul este doar aparent întrucât și ordinea juridică a UE este, sistemic, la periferia sistemelor juridice clasice, un drept impregnat de multă economie și politică. Prin analiza standardului juridic se ajunge la esența tare a dreptului UE, cercetare care face din cartea Elsei Bernard o lucrare fundamentală atât pentru explicarea, cât și pentru înțelegerea dreptului UE – tema aceasta va deveni un capitol clasic și de neevitat în manualele din domeniu.

Noțiunea „standard juridic” nu este utilizată de legiuitorul european² dar este amintită de către avocatul general P. Léger în concluziile sale; acesta, în cauza *Schulte*³, a arătat că „interpretarea teleologică joacă de asemenea un rol primordial dacă textul în cauză este dificil de interpretat pornind de la redactarea sa.

* Autoarea este *Maître de conférences* la Universitatea din Strasbourg.

** Bruylant, 2010, 643 p.; ISBN [978-2-8027-2795-8], Collection “Droit de L’Union Européenne” dirigée par Fabrice Picod. Thèses, préface de Denys Simon.

¹ Vom observa că standardul este un element esențial în structura dreptului Uniunii Europene.

² Autoarea remarcă utilizarea de către Curtea de Justiție a expresiei „legiuitor comunitar”, de exemplu în hotărârea din 11 iulie 1989, cauza 265/87, *Schröder/Hauptzollamt Gronau*, ECR 1989, p. 2237.

³ C-350/03, *Schulte*, hotărârea din 25 octombrie 2005, Rec. 2005 p. I-9215. Concluziile AG au fost formulate la data de 28 septembrie 2004. A se vedea și par. 77 din cauza C-246/07, hotărârea din 20 aprilie 2010, *Comisia/Suedia*, nepublicată în culegere [„În această privință, nu este indispensabil ca o poziție comună să primească o formă determinată pentru a exista și pentru a fi luată în considerare în cadrul unei acțiuni în neîndeplinirea obligației de cooperare loială, în măsura în care cuprinsul acestei poziții poate fi stabilit la un standard juridic corespunzător (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/Consiliul, citată anterior, pct. 49)]. Am putea spune că fructele cercetării autoarei s-au arătat imediat, cercetarea fiind un precursor a ceea ce CJUE ar putea consacra prin conceptul „standardului juridic”, care să fundamenteze unele principii ale dreptului UE.

Aceasta este situația în cazul în care dispoziția în litigiu este ambiguă. Același este situația în cazul în care dispoziția constituie un „standard juridic” care indică intenția legiuitorului de a lăsa judecătorului grija de a defini conținutul pentru fiecare caz în parte, pentru a face o aplicare adaptată faptelor cu care este sesizat”.⁴

Pentru literatura juridică română este interesantă noțiunea „standard juridic”, puțin studiată la noi. Din punctul de vedere al noțiunii, autoarea subliniază că standardul juridic, care este noțiune suplă, nedeterminată – se opune noțiunii „*règle de droit*” (care ar corespunde aproximativ lui „*rule of law*”) prin care este desemnată o normă riguroasă/rigidă și precisă (p. 7). Desigur, această dezbateră nu este fără finalitate, întrucât depinde de înțelesul pe care limba franceză îl poate da standardului – înțeles, într-un larg consens doctrinal – ca fiind o „măsură de mijloc de conduită socială corectă” (R. Pound) și care implică o judecată morală asupra conduitei umane. „Standardul nu este formulat de o manieră precisă sau absolută, conținutul său nu este determinat prin reglementări (legi) sau prin hotărâri judecătorești, dar este relativ pentru că este corelat cu o epocă, cu locuri și cu alte circumstanțe” (p. 9).

Este fundamental pentru înțelegerea subiectului, analiza pe care autoarea o realizează cu privire la standard și interpretarea normei juridice (pp. 12-19). Interpretarea normei juridice este esențială în dreptul Uniunii Europene, întrucât un rol important la „dezvoltarea” acestei ordini juridice l-a avut Curtea de Justiție a Uniunii Europene, și tipurile de interpretări utilizate – în frunte cu interpretarea teleologică.

Definiția standardului este o problemă de epistemologie juridică, întrucât standardul se definește prin funcționalitatea sa și nu prin materialitate (care ar fi o încercare inutilă de surprindere a unei rigori fără de sens – p. 20). În consecință „apartenența unei norme juridice la categoria standardului juridic nu este definitivă: standardul se naște, trăiește și dispăre în funcție de tratamentul care îi este rezervat de diferitele organe care contribuie la elaborarea dreptului”. Aplicarea și interpretarea dreptului sunt metodele directe care fac din anumite norme juridice, în anumite contexte, un standard. Se naște întrebarea, cum este posibil standardul juridic în dreptul Uniunii Europene? Pentru că, spre deosebire de dreptul național, care are tradiție și elemente care configurează interpretarea și aplicarea dreptului, dreptul Uniunii Europene trăiește aseptice încercând să se impună unor sisteme (juridice) diferite și cu tradiții esențial diferite. Ei bine, lucrarea se constituie în acest punct al analizei, fundamentală pentru înțelegerea distincției „drept internațional” – „ordine juridică a dreptului UE”, dezbateră care se sfârșește (mai) întotdeauna în futilul „*sui-generis*”, caracter prin care se crede că am spus totul despre dreptul Uniunii Europene (și încă ceva în plus, ca să-l parafrazez pe Pico della Mirandola). Autoarea instituie ca punct de hotar novator în dezvoltarea dreptului UE, hotărârile Curții de Justiție din cauzele *Van Gend en Loos*⁵ și *Costa/E.N.E.L.*⁶ Cu toate acestea – în acord cu literatura de specialitate – autoarea sesizează că ordinea juridică comunitară, dreptul care a rezultat nu a fost construit *ex nihilo*⁷.

Particularitatea dreptului UE constă tocmai în posibilitatea de a utiliza metodele dreptului comparat chiar și în acele situații în care dreptul comunitar devine autonom (P. Pescatore; E. Bernard, pp. 25-27); această particularitate conferă cercetării sale limite specifice: pe de o parte noțiunile care constituie standarde nu pot fi în totalitate specifice acestei ordini juridice și, pe de altă parte, nu pot constitui un simplu împrumut în dreptul comunitar/UE din alt drept.

⁴ Avocatul general Léger citează aici hotărârea din 12 decembrie 1996, *Kontogeorgas* (cauza C-104/95, Rec. 1996, p. I-6643, pct. 25-27); hotărârea din 14 septembrie 1999, *DE + ES Bauunternehmung* (cauza C-275/97, Rec. 1999, p. I-5331, pct. 31 și 32), și hotărârea din 21 iunie 2001, *SONAE* (cauza C-206/99, Rec. 2001, p. I-4679, pct. 22-26).

⁵ Cauza 26/62, hotărârea din 5 februarie 1963, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, ECR 1963, p. 1.

⁶ Cauza 6/64, hotărârea din 15 iulie 1964, *Costa/E.N.E.L.*, ECR 1964, p. 585.

⁷ V. Christianos, *Le droit comparé dans l'élaboration de la jurisprudence de la CJCE*.

Capitolul preliminar, referitor la „noțiunea de standard juridic”, precede cele două părți ale tezei (I – specificitatea substanțială parțială; II – specificitatea funcțională evidentă).

Criteriile pentru a defini standardul juridic au în vedere, în primul rând, *a priori* nedeterminarea acestuia (pp. 31-34), dar acest criteriu, negativ, nu este suficient pentru a constitui o regulă, astfel încât autoarea concepe trei criterii esențiale, pe care le analizează minuțios: aprecierea situațiilor și a comportamentelor în starea de normalitate (definită drept „medie” socială – pp. 34-43)⁸; favorizează recurgerea la referințe externe dreptului;⁹ caracteristica esențială de a lăsa interpretului o marjă de interpretare care să-i permită acestuia determinarea conținutului normei pentru fiecare speță în parte.¹⁰

Identificarea standardului juridic față de alte noțiuni juridice constituie cea de-a doua parte a capitolului introductiv (prima se referă la criteriile) și analiza este pertinentă prin raportare la (1) „*norma juridică*” (standardul este o normă juridică, dar standardul este o noțiune care se opune normei juridice – care are un conținut determinat *a priori*), (2) noțiunile nedeterminate și (3) principiile generale ale dreptului.¹¹

Analiza principală a volumului este structurată în două părți, amintite anterior. Deși afirm că aceasta pare să fie principala contribuție, trebuie să relev și să accentuez valoarea formativă (pentru publicul român chiar informativă) a textului capitolului preliminar. Nu aș putea recomanda „profesioniștilor” din domeniul dreptului UE să înceapă volumul prin eludarea capitolului introductiv, întrucât acesta este esențial, chiar dacă (sau tocmai pentru că) are un conținut conceptual (de teorie generală/de filosofie a dreptului) care lămurește cititorul (familiarizat cu alte ramuri de drept).

În cadrul părții I, dedicate „specificității substanțiale parțiale”, autoarea analizează caracterul parțial specific în domeniul dreptului material al standardului, cu referire la dreptul UE, analizând homotopia¹² marcată – dreptul material este propriu ordinii juridice a UE (titlul 1). Alte standarde sunt „rezistente” față de acest fenomen și au legătură mai slabă cu dreptul UE (titlul 2). Funcția standardului este foarte importantă, printre altele, în sensul reglării exercițiului competențelor în UE, între instituțiile europene (p. 87).

În cadrul primului titlu, sunt analizate pe larg trei concepte – standarde „dure” ale dreptului UE, respectiv „subsidiaritatea” și standardele „interesului general” și al „cooperării loiale” (ultimele două, prin referire al jurisprudență, iar primul ca fiind „textual”).

⁸ Autoarea distinge și atrage atenția asupra existenței a două tipuri de normalitate – descriptivă sau dogmatică. De exemplu, în cazul „vitezei rezonabile” recomandate conducătorilor auto, viteza „descriptivă” rezonabilă este de 150km/h, în timp ce viteza „dogmatică” este de 90km/h.

⁹ Această trăsătură derivă din însăși referirea la criteriul „normalității”. De exemplu, „consumatorul mediu” este un standard în dreptul comunitar/al UE care implică referința la elemente externe ordinii juridice (p. 44) – hotărârea din 16 iulie 1998, cauza C-210/96, *Gut Springenheide și Tusky*, Rec. 1998, p. I-4657, pct. 31; hotărârea din 13 ianuarie 2000, cauza C-220/98, *Estée Lauder*, Rec. 2000, p. I-117, pct. 27, 30, precum și în dispozitivul celor două hotărâri citate.

¹⁰ Autoarea identifică (pp. 48-49) în jurisprudența Curții de Justiție diferența dintre *standard* și simpla interpretare a unui concept. Astfel noțiunea „țigaretă” nu a fost definită precis de la începutul reglementărilor în materie (1992), însă prin modificări ulterioare (1995) noțiunea a fost definită în directivă. Cu toate acestea Germania (în cauza C-197/04, hotărârea din 10 noiembrie 2005, *Comisia/Germania*, Rec. 2005 p. I-9739) a considerat că noțiunea nu era definită corespunzător.

¹¹ Cu privire la principii, autoarea afirmă (pp. 68-69) că în aceeași limbă pot apărea divergențe cu privire la denumirea principiilor, și exemplifică din jurisprudența Curții: „*règle de droit généralement admise*” (hotărârea din 19 noiembrie 1956, cauza 8/55, *Fédération charbonnière de Belgique/Înalta Autoritate*, Rec. 1955 p. 291), „*principes élémentaires du droit*” (hotărârea din 22 martie 1961, cauzele 42-49/59, *S.N.U.P.A.T./Înalta Autoritate*, Rec. 1961 p. 103), „*principes juridiques généralement admis*” (hotărârea din 21 iunie 1958, cauza 13/57, *Wirtschaftsvereinigung Eisen-und Stahlindustrie/Înalta Autoritate*, Rec. 1958 p. 263) și „*principe fundamental*”.

¹² Termenul este împrumutat din domeniul biologiei și desemnează aptitudinea anumitor specii de animale de a-și armoniza forma, structura sau culoarea, permanent sau temporar, cu cea a speciei pe care acestea trăiesc.

Subsidiaritatea face obiectul reglementării tratatelor (în prezent art. 5 TUE și Protocolul privind aplicarea principiilor subsidiarității și proporționalității). Calificat de către doctrină și de către jurisprudență, în general, ca „principiu”, subsidiaritatea constituie totuși un standard al cărui conținut a fost stabilit de către instanța europeană, cu rezerve, în situația aplicării în cauzele deduse judecării.

În identificarea standardului subsidiarității autoarea aplică elementele decelate în partea generală pentru a releva caracterul nedeterminat *a priori* a noțiunii „subsidiaritate”; astfel, este descris (p. 95) mecanismul testului de subsidiaritate (testul de eficacitate comparativă sau testul necesității intervenției, precum și testul valorii adăugate) și analizează nedeterminarea intenționată a noțiunii de subsidiaritate, chiar dacă au existat tentative de „clarificare conceptuală” (Comisia, 1992), noțiunea a rămas eminentamente abstractă (p. 98).

În momentul în care analiza se referă la trăsăturile specifice ale subsidiarității sunt determinate elementele standardului:

- subsidiaritatea implică (pp. 99-100) o analiză în termeni de normalitate („subsidiaritatea este, înainte de toate, un principiu de bun simț”);
- subsidiaritatea implică o referință exterioară; în acest sens autoarea citează personalități, oameni politici și doctrina de specialitate care afirmă/confirmă caracterul „politic” al noțiunii, dar și instituții (Comisia, dar și Curtea de Justiție – într-un document din 20 decembrie 1990 adresat conferinței interguvernamentale);

Receptarea conceptului „subsidiaritate” s-a realizat diferit în statele federale față de cele unitare (primele au fost mult mai reticente în adoptarea conceptului) – autoarea prezintă analitic situația din majoritatea statelor membre (introducerea standardului subsidiarității în constituțiile unor state membre – Germania, Portugalia).¹³

În analiza concretă, funcțională, a standardului subsidiarității autoarea constată că instanța europeană a exercitat un control limitat asupra acestuia (am putea reflecta dacă subsidiaritatea nu este cumva o creație doctrinară, aplicată de instituțiile europene dar fără o cenzură jurisdicțională – cum arată și autoarea „Curtea de Justiție s-a pronunțat pentru un control al subsidiarității, dar acest tip de control a fost totuși limitat” – p. 114).

Asumarea conștientă a introducerii subsidiarității în textului tratatului (o alta variantă a fost menționarea acestuia în preambul – p. 118) precum și în concluziile Consiliului European de la Edinburgh (11-12 decembrie 1992)¹⁴, TPI (în prezent, TUE)¹⁵ și CJCE (în prezent, CJUE) au exercitat un control limitat.

¹³ Elsa Bernard nu analizează dispozițiile Tratatului de Lisabona, lucrarea fiind finalizată înainte de intrarea în vigoare a acestuia. Pentru o analiză după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, în acest sens, a se vedea: M. Banu, *Controlul aplicării principiului subsidiarității de către parlamentele naționale în urma intrării în vigoare a Tratatului de la Lisabona*, R.R.D.E., nr. 4/2010, pp. 121-137. În privința „justiciabilității” conceptului de subsidiaritate sunt analizate criteriile lui A. Toth (A.G. Toth, *Is Subsidiarity Justiciable?*, EL Rev, vol. 19, 1994).

¹⁴ Deși „principiul subsidiarității nu poate fi considerat ca având efect direct”; „cu toate acestea, interpretarea acestui principiu și verificarea conformității sunt supuse controlului Curții de Justiție”. Autoarea analizează posibilitatea aplicării directe în raport cu jurisprudența Curții (cauza 27/67, *Fink Frucht*, hotărârea din 14 aprilie 1968, ECR 1968, p. 223 etc.).

¹⁵ De exemplu, hotărârea din 21 februarie 1995, cauza T-29/92, *VSPÖB*, Rec. 1995, p. 289, pct. 330 și 331.

Prima aplicare a standardului subsidiarității este celebră, cauza *Bosman*¹⁶ și a fost urmată apoi de o hotărâre prin care CJUE se pronunță asupra etapelor care constituie structura art. 5 CE (în prezent art. 5 TUE)¹⁷. Criteriul de referință al aprecierii subsidiarității rămâne totuși hotărârea *Germania/Parlamentul și Consiliul*¹⁸ în care Curtea nu intră într-o analiză de fond și în care devine manifest rolul politic al acestui concept¹⁹.

În finalul capitolului, autoarea propune mai multe soluții prin care să fie înlăturată actuala stare prin care Curtea se manifestă formal, încercând să evidențieze o anumită evoluție, precum și necesitatea unui control al motivării subsidiarității (p. 129).

„Interesul general” este un standard jurisprudențial; din punct de vedere conceptual este amintit faptul că instanțele europene au definit „interesul general” prin raportare la „interesul comun” (pentru a delimita interesul partajat între Comunitate și statele membre) sau „interes comunitar/interes al Comunității” care reprezintă stadii ale interesului general. Chiar termenul vag, de „interes” implică, întotdeauna o nedeterminare (p. 135).

Originea standardului *interesului general* este ambiguă și poate neclară; autoarea se întreabă: cum am putea considera standardul de origine jurisprudențială din moment ce apare în tratate și în actele instituțiilor (autoarea îl citează pe T. Hamoniaux²⁰ care a analizat apariția conceptului de interes general)? CJCE a consacrat acest standard²¹ cu privire la instituții, dar și cu privire la ajutoare de stat²² precum și în alte domenii prin cauze, unele celebre – cum ar fi *Costa/ENEL* – în care judecătorul comunitar a invocat interesul general al Comunității în scopul asigurării priorității dispozițiilor comunitare asupra măsurilor unilaterale adoptate de către state membre (pp. 139-140).

În confruntarea dintre interesul general și proporționalitate autoarea analizează restricțiile justificate prin natura standardului interesului general – prin referiri ale CJCE, mai degrabă ambigue, la „*situația economică complexă*”²³; chiar și categoriile de control – general și restrâns – este ambiguu (p. 155). Chiar dacă, până în prezent, scrie autoarea, Curtea nu a anulat un act comunitar pentru nelegalitate cu privire la interesul general, aceasta nu înseamnă că nu au fost impuse anumite constrângeri pentru instituțiile europene. Deși în unele cauze²⁴ CJCE a invalidat acte ale instituțiilor, motivarea principală a avut în vedere nerespectarea principiilor generale de drept.

Proporționalitatea este un standard esențial în dreptul UE, care implică faptul că actele instituțiilor europene nu trebuie să depășească limitele care sunt necesare pentru atingerea unui scop (obiectiv) de

¹⁶ CJCE, hotărârea din 15 decembrie 1995, C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, p. 5040, pct. 81 („principiul subsidiarității, în interpretarea dată de guvernul german, și anume că intervenția autorităților publice, în special a celor comunitare, în domeniul în discuție trebuie să fie limitată la strictul necesar, nu poate conduce la situația ca autonomia de care dispun asociațiile private de adoptare a unor reglementări sportive să limiteze exercitarea drepturilor conferite particularilor prin tratat”).

¹⁷ CJCE, hotărârea din 12 noiembrie 1996, cauza C-84/94, *Regatul Unit/Consiliul*, Rec. 1996, 5755, pct. 39.

¹⁸ CJCE, hotărârea din 13 mai 1997, cauza C-233/94, Rec. 1997, p. 2405, pct. 57.

¹⁹ Pe de altă parte, rămâne de văzut în ce măsură Curtea de Justiție va confirma (sau infirma) în recurs abordarea curajoasă a Tribunalului Uniunii Europene din două hotărâri recente – 23 septembrie 2009, în cauza T-263/07, *Republica Estonia/Comisia*, Rep. 2009, p. II-3463, respectiv în cauza T-183/07, *Republica Polonă/Comisia*, Rep. 2009, p. II-3395, în care Tribunalul a întreprins (pentru întâia oară) o apreciere detaliată a conținutului principiului subsidiarității, subliniind, în consecință, caracterul „justificabil” al principiului.

²⁰ *L'intérêt général et le juge communautaire*, LGDJ, Paris, 2001.

²¹ Hotărârea din 29 noiembrie 1978, cauza 83/78, *Redmond*, Rec. 1978, p. 2347, pct. 64.

²² Hotărârea din 9 octombrie 1984, cauzele conexe 91 și 127/83, *Heineken*, Rec. 1984, p. 3435, pct. 14.

²³ Hotărârea din 29 octombrie 1980, cauza 138/79, *Roquette/Consiliul*, Rec. 1980, p. 3333.

²⁴ CJCE, hotărârea din 28 aprilie 1988, cauza 170/86, *Von Deetzen/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Rec. 1988, p. 2355; CJCE, hotărârea din 28 aprilie 1988, cauza 120/86, *Mulder/Minister van Landbouw en Visserij*, Rec. 1988, p. 2321.

interes general. Deși proporționalitatea este calificată drept „principiu”, aceasta îndeplinește criteriile standardului (p. 159); contrar altor standarde, prin intermediul proporționalității nu se poate măsura în mod direct un comportament sau o situație cu referire la normalitate, dar poate fi analizată în funcție de obiectivul urmărit necesitatea în raport cu scopul care trebuie atins. În discuția referitoare la concilierea dintre proporționalitate și interesul general, (p. 161) autoarea evocă diferitele concepte, în trepte de (im) precizie, pornind de la „*interesul comun*”²⁵.

În privința standardului cooperării loiale, autoarea identifică criteriile în funcție de care este catalogat drept standard – considerându-l un standard jurisprudențial.

Originea acestui standard se află în conceptualizarea din timpul Revoluției Franceze, când a fost considerată o virtute, un element moral. Alte standarde, care se află într-o strânsă conexiune cu cooperarea loială, utilizate de CJCE, sunt acelea de „solidaritate”²⁶ – care este „fundamentul întregului sistem comunitar”²⁷ și este un principiu „înscris între fundamentele Comunității”²⁸. Cu toate acestea, consideră autoarea (pp. 167-168), principiul solidarității este mai puțin folosit în practica instanțelor de la Luxemburg, – mai des fiind utilizat conceptul/principiul bunei credințe. „Loialitatea implică, în mod cert, buna-credință, însă buna-credință nu este un element al loialității” (p. 170). Pentru a observa, însă, coerența și geneza acestui principiu/standard trebuie urmărite cu atenție paginile Elsei Bernard, dedicate acestui subiect; aceasta pornește de la primele referiri jurisprudențiale și interpretări succesive ale art. 10 CE (fostul art. 5 CEE) – în prezent art. 4 alin. (3) TUE. În ceea ce privește autonomia acestui concept, se are în vedere diferența specifică față de fidelitatea (loialitatea) federală precum și trăsăturile proprii din dreptul Uniunii Europene. Particularitatea esențială dintre noțiunea de cooperare loială din dreptul UE, în raport cu fidelitatea federală, provine din aceea că standardul nu reglementează raporturi între entitățile federate și federație, ci raporturi diferite, între statele membre și instituțiile europene²⁹ (p. 180)³⁰.

Titlul 2 al primei părți, referitor la homotopia limitată, în care legătura dintre standardul juridic și dreptul Uniunii Europene este mai slab, urmează aceeași structură (fiind analizate două categorii de standarde – hibride și cele care au o legătură slabă cu dreptul UE). În standardele hibride autoarea analizează *ordinea publică* – standard care cuprinde bunele moravuri, securitatea publică – ca elemente esențiale în comportamentul statelor membre prin raportare la cele patru libertăți fundamentale de circulație (p. 197).

Pentru cititorul român, analiza cauzei „*Cassis de Dijon*”³¹ este esențială pentru înțelegerea fie și parțială, din perspectiva standardului, a unei cauze mitologice. Secțiunea este îmbinată de analiza comparată,

²⁵ CJCE, hotărârea din 17 decembrie 1959, cauza 14/59, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson/Înalta Autoritate*, Rec. 1959, p. 445.

²⁶ CJCE, hotărârea din 7 februarie 1973, cauza 39/72, *Comisia/Italia*, Rec. 1973, p. 101.

²⁷ CJCE, hotărârea din 10 decembrie 1969, cauza 6 și 11/69, *Comisia/Franța*, Rec. 1969, p. 523.

²⁸ CJCE; hotărârea din 29 iunie 1978, cauza 77/77, *B.P./Comisia*, Rec. 1978, p. 1513.

²⁹ Din 1983, CJCE a impus principiul cooperării loiale și între instituțiile comunitare/europene (pe larg, cu jurisprudență pertinentă, a se vedea pp. 188-190).

³⁰ Doctrina a criticat forța juridică a acestui standard pentru a putea fi utilizat de către Curte ca o normă imperativă; se are în vedere caracterul prea vag și prea general (pp. 183-185). Cu toate acestea, nuanța exprimată de CJCE, în 1990, este esențială în consacrarea drept obligatorie a acestui principiu/standard: „În această comunitate de drept, relațiile dintre statele membre și instituțiile comunitare sunt reglementate, în conformitate cu art. 5 CEE, de un principiu al cooperării loiale” (CJCE, ordonanța din 13 iulie 1990, cauza C-2/88, *Zwartveld*, Rec. 1990, p. I-3365). Așadar, cu ocazia ordonanței Curții, a fost recunoscut faptul că obligația de cooperare loială revine și instituțiilor UE față de statele membre, iar nu doar statelor membre.

³¹ CJCE, hotărârea din 20 februarie 1979, cauza 120/78, *Rewe-Zentral/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Rec. 1979, p. 649.

precum și de interpretarea istorică a jurisprudenței și legislației UE. Noțiunea „*cerință imperativă de interes general*”, precum și autonomia acestui concept comunitar/unional explică excepțiile de care pot beneficia statele membre în lipsa unui text clar al tratatului.

Se subliniază că noțiunea de interes general este în mod intenționat nedeterminată, nici avocații generali și nici judecătorii nu au realizat o definiție strictă, tocmai pentru a beneficia de un concept funcțional. Într-o cauză,³² care avea ca obiect o acțiune în anulare îndreptată împotriva unei directive a Parlamentului și Consiliului, Curtea a reținut argumentul reclamantului referitor la caracterul general al anumitor concepte („Conform reclamantului, directiva, în loc să contribuie la eliminarea incertitudinilor juridice semnalate în considerentele acesteia, tinde să le agraveze, încălcând astfel principiul siguranței juridice. Pe de o parte, aceasta lasă autorităților naționale competențe discreționare pentru punerea în aplicare a unor noțiuni formulate în termeni generali și echivoci, precum cea de ordine publică și de bune moravuri [...]” (pct. 35). Mai mult la pct. 38, Curtea a constatat că „această marjă de manevră este necesară pentru a ține seama de dificultățile specifice pe care le poate cauza utilizarea anumitor brevete în contextul social și cultural al fiecărui stat membru, context pe care autoritățile naționale, legislative, administrative și judiciare sunt într-o poziție mai adecvată pentru a-l înțelege decât autoritățile comunitare. O astfel de prevedere, care permite refuzarea emiterii de brevete în cazul unei amenințări la adresa ordinii publice sau a bunelor moravuri, este, în plus, consacrată în dreptul brevetelor și figurează, în special, în rândul instrumentelor juridice internaționale pertinente [...]”. Așadar, concluzionează autoarea, Curtea consideră că indeterminarea noțiunii „ordine publică”, nu numai că este reală, dar este considerată necesară și inevitabilă.

Pentru a îndeplini criteriul de standard, conceptul „ordine publică” trebuie să implice un element exogen – și referentul este considerat ca fiind unul comunitar/unional – calificat drept „normalitate europeană”. Caracterul hibrid al acestui standard rezultă și din aplicațiile sale – de exemplu, calificarea efectelor restrictive ale unei măsuri naționale.

În privința forței juridice a standardelor hibride, autoarea analizează exhaustiv rolul Curții de Justiție în ceea ce privește jurisprudența în privința scopului „ordinii publice” precum și a „interesului general”. Curtea, arată autoarea, realizează un control mai serios al proporționalității în privința standardului interesului general, ceea ce considerăm, transformă de fapt standardul în criteriu de admisibilitate și control judiciar. Standardul ordinii publice permite statelor membre să deroge de la regulile UE și, în consecință acest standard trebuie să fie interpretat strict.³³ Examenul de jurisprudență – pe care autoarea îl realizează exhaustiv – demonstrează că proporționalitatea joacă de fapt un rol cheie în interpretarea standardului privind interesul general și a celui de ordine publică. Judecătorul poate așadar să aibă în vedere atât dispozițiile din tratate precum și salvarea intereselor naționale (p. 240).

Capitolul 2 al acestei părți este dedicat standardelor care au o slabă „coloratură” comunitară/de drept al Uniunii Europene, standarde pe care autoarea le împarte în „derivate” (*inflechis*) și „transpuse” (*transposes*). Standardele dreptului UE includ standarde care aparțin drepturilor naționale, dar conținutul acestor standarde este diferit de la un stat la altul. Curtea de Justiție poate atribui unui concept din dreptul național un conținut autonom, de drept unional, fiind studiate și radiografiate: abuzul de drept și încrederea legitimă.

Standardele transpuse sunt „împrumutate” din alte ordini juridice, fără însă a suferi vreo transformare de fapt prin inserarea lor în ordinea juridică unională (p. 241).

³² CJCE, hotărârea din 9 octombrie 2001, cauza C-377/98, *Țările de Jos/Parlamentul și Consiliul*, Rec. 2001, p. I-7079.

³³ A se vedea concluziile avocatului general Stix-Hackl, prezentate în data de 10 aprilie 2003, în cauza C-42/02, *Lindman*, hotărârea din 13 noiembrie 2003, Rec. 2003, p. 13519.

Standardul „abuzului de drept” este de natură jurisprudențială (p. 245), fiind exemplificări – din dreptul derivat – în care *abuzul de drept* este interzis în mod expres. În practică, instanțele europene au sancționat atât abuzul de drept substanțial, cât și abuzul de drept procesual (procedura comunitară/unională). Astfel, în materii diverse – concurență,³⁴ fiscalitate,³⁵ politica agricolă comună – Curtea a sancționat abuzul de drept.

În privința abuzului de drept procesual, autoare exemplifică (p. 256) prin procedura trimiterii preliminare, evidențiind rolul Curții în consolidarea unei *doctrine a inadmisibilității întrebărilor preliminare*,³⁶ cu scopul de a elimina orice abuz care ar putea deturna cooperarea judiciară, reglementată în prezent de art. 267 TFUE. Conform acestei dispoziții, instanța națională este singura care apreciază oportunitatea trimiterii. Cu toate acestea, Curtea nu se pronunță dacă litigiul este construit.³⁷ Curtea a „sancționat” întrebările ipotetice³⁸, întrebări care nu au legătură cu litigiul principal,³⁹ sau care sunt puse pornind de la „construcții artificiale”⁴⁰ etc.

Cu toate acestea, jurisprudența cuprinde și anumite cauze în care se manifestă o reticență față de calificarea directă ca fiind abuz, având în vedere principiul general al dreptului la o judecată (de altfel sunt puține cauze în care abuzul de drept este direct enunțat în hotărârea Curții).

În cadrul celei de-a doua exemplificări din acest capitol – încrederea legitimă – concept frecvent invocat de către instanțele Uniunii Europene, și care pune în valoare protejarea intereselor legitime ale particularilor atât față de statele membre, cât și față de instituțiile europene, autoarea studiază jurisprudența în mod exhaustiv și demonstrează influența acestui standard jurisprudențial în dreptul anumitor state membre, precum și contribuția jurisprudențială în adaptarea acestui standard.

În privința părții a doua – referitoare la standardele „transpuse”, autoarea consideră că anumite concepte pot deveni standarde pentru Curte (acestea nu sunt încă formalizate în jurisprudență sub această denumire) în funcție de necesitățile de interpretare⁴¹ și de obiectivele ordinii juridice unionale să prindă substanță (pp. 275-276). Pe de o parte este analizată „forța majoră”, un concept de concepte, care diferă substanțial în funcție de natura dreptului și de domeniul juridic invocat, de la un stat la altul; prin autonomia sa, acest concept ar putea determina existența unui drept civil european; pe de altă parte, este analizat conceptul de bună administrare și acela de „*bonus pater familias*”. Aceste standarde enumerate sunt considerate a face obiectul unor concepții comune – chiar și așa dificil de interpretat și mai ales de realizat o autonomie în cadrul ordinii juridice a Uniunii Europene. Tot în cadrul standardelor „transpuse”, sunt evidențiate standarde procedurale – standardul proporționalității, eroarea vădită/esențială de apreciere. O secțiune specială este dedicată standardelor transpuse din Convenția europeană a drepturilor omului; importanța acestui subiect este și mai actuală după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, și a viitoarei aderări a Uniunii la convenție. Autoarea analizează „împrumuturile” pe care instanțele Uniunii Europene le-au realizat în jurisprudență, formalizând în această privință, potrivit

³⁴ CJCE, 11 octombrie 1977, cauza 125/76, *Cremer*, Rec. 1977, p. 1593, în special pct. 21.

³⁵ CJCE, 3 martie 1993, cauza C-9/92, *General Milk Products*, Rec. 1993, p. I-779; CJCE, 27 octombrie 1981, cauza 250/80, *Schumacher și alții*, Rec. 1981, p. 2465; CJCE, 12 decembrie 1985, Vonk, 208/84, Rec. 1985, p. 4025.

³⁶ Autoarea consideră că formula îi aparține lui A. Rigaux, Europe, octombrie 1994, Comm., No. 354.

³⁷ CJCE, hotărârea din 8 noiembrie 1990, cauza C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*, Rec. 1990, p. 4003. De asemenea, CJCE, ordonanța din 2 mai 2002, cauza C-129/01, *Facchinei Orsini*, nepublicată.

³⁸ CJCE, hotărârea din 16 iulie 1992, cauza C-343/90, *Lourenço Dias*, Rec. 1992, p. I-4673; CJCE, hotărârea din 16 iulie 1992, cauza C-83/91, *Meilicke*, Rec. 1992, p. I-4871; CJCE, hotărârea din 25 martie 2004, cauza C-495/00, *Azienda Agricola Giorgio*, Rec. 2004, p. I-2993.

³⁹ CJCE, hotărârea din 3 martie 1994, cauzele conexe C-332/92, C-333/92, C-335/92, *Eurico Italia*, Rec. 1994, p. I-711; CJCE, hotărârea din 16 decembrie 2004, cauza C-293/03, *Gregorio My*, Rec. 2004, p. I-12013.

⁴⁰ Avocatul general Lagrange în cauza CJCE, 6/64, *Costa/ENEL*, hotărârea din 15 iulie 1964, Rec. 1994, p. 1141.

⁴¹ TPI, 18 decembrie 1992, cauza T-43/90, *Díaz García/Parlamentul*, Rec. 1992, p. II-2619.

metodologiei sale de cercetare, standardul referitor la dreptul la un proces echitabil și standardul privind „societatea democratică”.

Partea a doua poate fi caracterizată, din punctul de vedere al dreptului Uniunii Europene în raport cu teoria generală a dreptului sau cu filosofia dreptului, ca fiind tehnică și, în același timp, fondatoare chiar pentru această materie a dreptului – autoarea decelând mecanismul intrinsec al standardului. Funcția standardului este un subiect care conferă amplitudine volumului, mai precis analiza privind specificitatea funcțională – prin raportare la două elemente: a) particularitățile sistemului jurisdicțional al UE și b) natura Uniunii Europene. Autoarea explică necesitatea obiectivă a existenței unor standarde în ordinea juridică a UE (un drept nou, necesitatea de a lăsa o marjă de apreciere instanțelor pentru a realiza un echilibru între interesele statelor și cele ale instituțiilor/particularilor).

În cadrul primului titlu, care reflectă specificitatea funcțională legată de particularitățile sistemului jurisdicțional comunitar/al Uniunii Europene de la intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, este analizat rolul judecătorului unional, precum și repartizarea competențelor (puterilor) între instituții de către acesta.

Conform teoriei care arată că norma este produsul interpretării, standardul textual este un factor de (auto)atribuire de putere normativă secundară (de către judecătorul unional).

Standardul privit ca instrument este mijlocul prin care judecătorul poate depozita celelalte instituții de putere (dacă aceasta se dovedește a fi exercitată împotriva textelor tratatelor). Prezența standardului în tratate (indirectă/prin interpretare doctrinară/jurisprudențială) se explică prin faptul că acest tip de normă, nedeterminată *a priori* relevă particularitatea – esențializată mai târziu de către Curte – a ceea ce se consideră a fi o „cartă constituțională fundamentală”⁴². Deși se arată că a enumera standardele din tratate ar fi utopie, autoarea pornește cu perseverență în stabilirea unor criterii și indicarea unor standarde formalizate chiar prin tratate (lucru important pentru că arată nu atât formal importanța cărții, cât utilizarea acesteia ca instrument de lucru chiar și dacă ar interveni modificări legislative importante – una dintre acestea este Tratatul de la Lisabona, dar și transferul metodei de cercetare în alte domenii juridice). Consecința acestei „deposedări” de putere este un anumit „profit” pentru judecătorul comunitar/unional, care stabilește conținutul standardului și hotărăște cu privire la validitatea anumitor acțiuni/omisiuni față de standard.

Cu toate că textul din actul normativ unional (primar sau derivat) a lăsat o libertate și chiar a instituit o obligație pentru judecătorul UE de a contura înțelesul și de a concretiza conținutul standardului, judecătorul nu are o libertate totală în acest sens (p. 346). Această parte a lucrării, poate filosofică pentru unii juriști, explică o parte din raționalitatea (logica) hotărârilor judecătorești la CJUE, limitele demersului de interpretare, fiind esențial pentru înțelegerea rolului judecătorului CJUE (pp. 346-353). Standardul jurisprudențial este manifestarea puterii normative originare a judecătorului unional – în procesul integrării europene standardele jurisprudențiale sunt elocvente; autoarea dovedește că acest tip de norme nu sunt doar legitime dar și necesare.

Capitolul al doilea este importantă atât în ansamblul lucrării, dar și pentru cercetări care au legătură cu rolul judecătorilor CJUE – de exemplu în studiul trimerii preliminare. Autoarea subliniază funcția specifică a judecătorilor în repartizarea puterilor/competențelor între instituțiile UE. Rolul de arbitru consolidează activitatea integrativă a Curții de Justiție, atât în plan orizontal (între instituțiile UE) dar și vertical, cu referire la influența pe care o poate avea asupra marjei de apreciere a autorităților legislative naționale și ale UE (p. 387). Cu toate acestea și legiuitorul european este un interpret al standardului, de cele mai multe ori este interpretul primar de la care decurg alte interpretări și în funcție de care normele juridice de

⁴² CJCE, hotărârea din 23 aprilie 1986, cauza 294/83, „Verzi”/Parlamentul European, Rec. 1986, p. 1339, pct. 23.

aplicare a standardului sunt puse în aplicare. Dreptul Uniunii Europene are ca trăsătură specifică, în ceea ce privește interpretarea unui standard, pluralitatea interpretărilor care i se poate acorda (p. 389).

Autoarea evocă exemple pertinente de interpretare a standardului de către legiuitorul unional – „afectarea semnificativă a comerțului între statele membre”, „afectarea sensibilă a concurenței”, „operațiuni comerciale normale” (pp. 392-393). Cu toate acestea voința ultimă de a modifica puterea discreționară a instituțiilor (a legiuitorului) revine tot Curții de Justiție.

O secțiune distinctă este dedicată rolului judecătorului național în privința gestiunii forței normative pe care acesta o exercită în legătură cu standardul.⁴³ Autoarea evocă în primul trimiterea preliminară (pp. 423 și urm.) și „jocul” care este făcut de către Curtea de Justiție în privința interpretării sau aplicării normei juridice. Autoarea arată că teoretic judecătorul național are puterea și responsabilitatea de a interpreta și aplica standardul european, „acest tip de normă indeterminată *a priori*”. Judecătorul național este „judecător comunitar de drept comun”⁴⁴, însă art. 267 TFUE (fostul art. 234 CE) subliniază puterea Curții de Justiție în cadrul „cooperării” cu instanțele naționale. Chiar distincția între interpretarea și aplicarea normei juridice a pus în evidență rolul ultim al voinței Curții de Justiție care consideră trimiterea preliminară⁴⁵ un instrument de cooperare între Curte și instanțele naționale grație căruia prima furnizează celor de-al doilea elementele de interpretare a dreptului comunitar care le sunt necesare pentru soluționarea litigiilor în care sunt chemate să se pronunțe. Astfel, în timp ce interpretarea revine CJUE, aplicarea se face de către judecătorul cauzei în fond, judecătorul național în funcție de probatoriu și celelalte elemente ale dosarului în care a fost sesizat.⁴⁶ În acest context este important studiul realizat de autoare în privința rolului standardului în trimiterea preliminară în interpretare (pp. 431-436), fie în situația în care instanța națională solicită interpretarea unui standard juridic, fie în situația în care hotărârea CJUE este ea însăși un standard nou (caz în care instanța națională are posibilități mai mari de interpretare).⁴⁷ Elsa Bernard analizează, documentat și cu un aparat critic care demonstrează apropierea acesteia de un subiect complex, situația în care determinarea normei juridice a dreptului UE se realizează de către judecătorul național printr-un standard încadrat.

Titlul al doilea al celei de-a doua părți a volumului se referă la specificitatea funcțională legată de natura Uniunii Europene, care constituie o ordine juridică, iar nu doar un ansamblu de reguli, ci o structură a acestor norme juridice. Așadar, arată autoarea specificitatea funcțională a standardului derivă din principalul scop al acestei ordini juridice: un drept preponderent economic; în același timp, standardul joacă un rol important în procesul de integrare unională – ordinea juridică UE se impune ordinii juridice naționale din toate statele membre.

În primul capitol din acest titlu – referitor la funcția standardului adaptată preeminenței domeniului economic în dreptul UE – autoarea subliniază caracterul instrumentalist/pragmatic al acestui domeniul al dreptului și consecințele obligatorii care rezultă: flexibilitatea necesară a normelor juridice, flexibilitatea este favorizată de standardul juridic. În același timp, standardul este un instrument de „deformare” a controlul jurisdicțional prin recursul la jurisprudență și cazuistică pentru realizarea unui control în dreptul

⁴³ Considerăm această secțiune ca fiind esențială pentru dezbaterile actuale din România și vom insista asupra ei printr-o prezentare distinctă în cadrul conferințelor organizate de Centrul de Studii de Drept European (www.csde.ro).

⁴⁴ TPI, hotărârea din 10 iulie 1990, cauza T-51/89, *Tetra Pack/Comisia*, Rec., p. II-309, pct. 42.

⁴⁵ CJCE, Ordonanța din 26 ianuarie 1990, cauza C-286/88, *Falciola*, Rec. 1990, p. I-191.

⁴⁶ Autoarea îl citează (p. 430) pe F. Berrod (*La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, Paris, 2003, p. 128-130) care aprecia că CJCE oscilează între extreme, pe de o parte, oferă interpretări stricte unor norme juridice, nelăsând vreo marjă de interpretare pentru judecătorul național și, pe de altă parte, refuză să răspundă când întrebarea se referă la aspecte precise din dreptul intern.

⁴⁷ De exemplu conceptul „consumator mediu” – CJCE, hotărârea din 12 februarie 2004, C-363/99, *Koninklijke KPN Nedermant*, Rec. 2004, p. I-1619, pct. 77; „demnitate umană” – CJCE, hotărârea din 14 octombrie 2004, cauza C-36/02, *Omega Spielhallen*, Rec. 2004, p. I-9609.

economic. Un studiu de caz pentru funcția standardului în dreptului economic este noțiunea „consumator mediu” (pp. 473-487) pe care îl apreciem important atât teoretic, cât și din punct de vedere practic, pentru instanțele naționale – autoarea nu numai că analizează o vastă bibliografie și jurisprudența pertinentă, dar oferă și argumente proprii și soluții pentru diferitele probleme apărute în cadrul interpretării acestui concept.

Standardul este adaptat „dejuridicizării” dreptului economic – care este un drept format din importante elemente economice (alături de cele juridice – acelea care îi conferă caracterul de normă obligatorie). În context, standardul joacă un rol esențial, de liant, între economic și juridic, făcând posibilă aplicarea dreptului în Uniunea Europeană, și, în același timp, în cele 27 de state membre.

În afara domeniului – economic – pe care standardul îl favorizează – acesta are funcții adaptate și particularităților structurale ale sistemului normativ al dreptului UE îndeplinind o funcție politică unificatoare în toate ordinele juridice. Astfel, standardul – are funcții precis determinate în momentul elaborării normelor juridice – funcția de federalizare, de numitor comun (instrument de consens și instrument necesar de elaborare a dreptului UE; sunt oferite exemple la p. 521), conciliere între diferite tradiții juridice. Dreptul UE prezintă particularitatea că în privința punerii sale în aplicare ține cont de structura originală a UE și în special de supremația dreptului UE (p. 545) astfel încât standardul este un element integrator la nivelul UE și, în același timp, de armonizare a drepturilor naționale.

Cartea Elsei Bernard este pretențioasă – solicită cititorul în efortul intelectual de decelare a standardului în dreptul Uniunii Europene, dar, în același timp, îi oferă o varietate de raționamente care provin din afara domeniului dreptului UE.

Bibliografia este ea însăși o lucrare în sine și pune în evidență domeniile din care se extrag ideile pentru acest volum – teoria generală a dreptului, filosofia dreptului, dreptul Uniunii Europene, dreptul economic – care așa cum arătam conferă direcții multiple de cercetare.

Paradoxal, deși suntem în fața unei cărți care se impune prin teorie, este o carte care se adresează practicienilor, în primul rând magistraților – judecătorilor care au rol important în interpretarea și aplicarea dreptului UE, dar și avocaților – cu toții trebuie să înțeleagă esența sistemului dreptului UE pornind de la standardul juridic.

Mihai ȘANDRU*

* Se cuvin mulțumiri dnei Elsa Bernard.

Albert SÁNCHEZ GRAELLS*

*Public Procurement and the EU Competition Law***

Publicarea recentă a vastei lucrări monografice care face obiectul prezentei recenzii, consacrată analizei raporturilor dintre sistemul achizițiilor publice și legislația europeană a concurenței, reprezintă un eveniment editorial necesar a fi semnalat, mai cu seamă pe fondul vidului pe care literatura noastră de specialitate în resimte în această materie. În al doilea rând, în pofida interesului din ce în ce mai intens pe care i-l asociază mediul economic, politic, social și normativ, materia achizițiilor publice rămâne una insuficient abordată în doctrina juridică sau economică din țara noastră și, cu regret trebuie să recunoaștem, deloc examinată prin prisma conexiunilor sale cu reglementările supranaționale vizând libera concurență.

Prin domeniul său și prin numeroasele conexiuni pe care le cunoaște, alături de multiplele sale elemente care o particularizează, instituția juridico-economică a achizițiilor publice – devenită, în opinia anumitor autori¹, chiar ramură autonomă de drept – își justifică un studiu aprofundat de natură să-i evidențieze originile comune și specificitățile originare în raport cu instituția soră a concurenței, mai ales prin prisma contextului reglementărilor actuale internaționale.

Este meritul domnului dr. Albert Sánchez Graells, lector la disciplina drept comercial la Universitatea Pontificală Comillas din Madrid, jurist cu o deosebită experiență universitară, de a fi reușit să ofere tiparului o cercetare valoroasă, în care se disting răbdarea, perseverența și spiritul de reflecție deosebite de care dă dovadă autorul. Astfel precum am afirmat mai sus, importanța lucrării pe care ne-o înfățișează astăzi este cu atât mai mare, cu cât literatura română, și nu numai, aparte de unele secțiuni distincte și tranzitorii în diverse cursuri de specialitate, nu cunoaște o monografie consacrată subiectului abordat de autorul la care ne referim, de unde concluzia că diseminarea roadelor cercetării sale este pe deplin justificată. În plus, o astfel de creație științifică ar trebui să intereseze în mod necesar teoreticienii domeniului, în efortul lor de a împinge înainte limitele cunoștințelor actuale.

Lecturând tratatul *Public Procurement and the EU Competition Law* ne impresionează, încă de la început, viziunea pe care autorul a imprimat-o cercetării sale, clădită pe o metodă interdisciplinară de clarificare a conceptelor cu caracter general, a principiilor, fundamentelor, politicilor și a particularităților materiei, secundată de înfășurarea sistematizată a reglementărilor aplicabile în planul UE și în diverse state europene, toate acestea transpuse prin filtrul unei bogate analize a soluțiilor jurisprudențiale adoptate de Curtea Europeană de Justiție. Materialul cunoaște o ordonare progresivă naturală în cinci părți și opt capitole, fiecare capitol beneficiind la finalul său de concluziile pertinente ale autorului asupra a celor ce sunt discutate. Cititorul este îndrumat, încă din partea introductivă, să descopere substratul orientărilor pe

* Lector la disciplina drept comercial, Universitatea Pontificală Comillas, Madrid.

** Hart Publishing, Oxford și Portland, Oregon, 2011, 457 p.; ISBN [9781849460668].

¹ A se vedea, de exemplu, A. Ceparu, *Serviciile juridice în domeniul achizițiilor publice*, în *Revista de achiziții publice*, nr. 4/2008, p. 1; F. Linditch, *Le droit des marchés publics*, Éditions Dalloz, Paris, 2004.

care acesta le-a imprimat lucrării în apropierea și interconectarea a două sectoare aparent izolate ale politicii publice: concurența și achizițiile etatizate.

Evidențiem că metodologia folosită a constat în identificarea principalelor trăsături și probleme pe care le suscită aceste două sectoare, în sistematizarea elementelor de interferență, precum și în raportarea permanentă a soluțiilor actuale și de perspectivă la reglementările europene și de drept comparat. Considerăm ca fiind o calitate a lucrării aceea de a fi analizat din multiple unghiuri, cu precădere aplicate, semnificația unor concepte normative și științifice fundamentale, precum cel de piață a achizițiilor publice, piață concurențială, ajutor de stat, antitrust, achiziție investițională, alături de principiile și obiectivele proprii care se degajă din țesutul legislativ al achizițiilor și din cel al concurenței, felul în care ele se întrepătrund, autorul intuind implicațiile posibile ale adoptării unora sau altora definiții și teze, pe care le corelează armonios cu alte concepte, noțiuni sau instituții mai mult sau mai puțin consacrate în cele două sectoare de interes. Un alt merit al monografiei în cauză este acela de a le fi înfățișat inedit într-o cuprinzătoare dimensiune economică a lor, punându-le în lumină trăsăturile caracteristice, ce individualizează diversele tipuri de reglementări și acțiuni – foarte diferite unele de celelalte, însă clădite pe principii comune, ceea ce le face compatibile, complinitoare și neexclusive.

Exceptându-le pe cele ce țin de teoriile și experiențele de ordin istoric, informațiile pe care le valorifică autorul sunt de dată recentă², având la bază surse bibliografice dintre cele mai actuale³.

Din dorința de a oferi publicului interesat cât mai multe puncte de reper, lucrarea cuprinde peste 300 de referințe la diverse hotărâri relevante pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene⁴, de Curtea Supremă și de curțile de apel ale Statelor Unite ale Americii, de Curtea de Apel privind Concurența din Regatul Unit, precum și de Curtea Supremă din Spania, instanțe cu funcții jurisdicționale finale în materie.

Trebuie subliniat că abordarea volumului impresionant de practică judiciară, ca de altminteri a tuturor informațiilor selectate, este una aparte, care reflectă cu precădere latura economică a achizițiilor guvernamentale și a instituțiilor concurențiale. Mai trebuie punctat și caracterul aplicativ al acestei abordări, privită mai ales din perspectiva art. 291 alin. (1) TFUE, conform căruia statele membre sunt ținute să adopte toate măsurile de drept intern necesare pentru a pune în aplicare actele obligatorii din punct de vedere juridic ale Uniunii, Curtea de Justiție a Uniunii Europene – compusă din Curtea de Justiție (succesoare a Curții de Justiție a Comunității Europene a Cărbunelui și a Oțelului, creată în 1952, și a Curții de Justiție a Comunităților Europene, creată în 1957), Tribunalul (succesor al Tribunalului de Primă Instanță, creat în 1988) și Tribunalul Funcției Publice (creat în 2004) – având misiunea de a asigura interpretarea și aplicarea conformă și unitară a dreptului Uniunii.

În ultimele două decenii, jurisprudența Curții de Justiție și a Tribunalului Uniunii Europene în domeniul achizițiilor publice s-a dovedit deosebit de bogată, fiind înregistrate mai multe sute de cauze specifice pe rolul celor două instanțe. De altminteri, Uniunea Europeană, în ansamblu, s-a remarcat printr-o intensă activitate în acest domeniu, mai ales prin supra-reglementarea lui, încercând parcă să rivalizeze deja abundenta jurisprudență. Urmând acest fir, autorul se apleacă și asupra actelor normative cu incidență asupra materiei, inclusiv și cu precădere asupra dreptului primar, știut fiind că, în vederea realizării obiectivelor prevăzute la art. 3 TUE, acțiunea statelor membre și a Uniunii presupune, în condițiile prevăzute de tratate, instituirea unei politici economice întemeiate pe strânsa coordonare a politicilor economice ale statelor membre, pe piața internă și pe definirea obiectivelor comune și conduse în conformitate cu principiul unei economii de piață deschise, în care concurența este liberă.

² O dovadă suplimentară asupra evidenței la zi a datelor pe care lucrarea le cuprinde o reprezintă însuși faptul publicării ei în anul în curs.

³ Cărțile, articolele și celelalte materiale avute în vedere la documentarea lucrării se cifrează la peste 1.500.

⁴ Unele însoțite de analiza concluziilor formulate de avocatul general în acea cauză.

Reamintim aici că deciziile prin care Curtea oferă o interpretare a dreptului Uniunii sunt opozabile și obligatorii atât pentru instanța națională care i-a adresat întrebarea preliminară, cât și pentru celelalte instanțe din statele membre, ținute de asemenea să respecte interpretarea dată de Curte⁵. Mai mult, același lucru este valabil și pentru autoritățile publice din Uniune, după cum elocvent s-a exprimat Curtea în hotărârea sa din 22 iunie 1989, cauza 103/88, *Fratelli Costanzo SpA/Comune di Milano*. Instanțele naționale au obligația să interpreteze și să aplice dispozițiile de drept intern în conformitate cu directivele, cât și faptul că supremația dreptului Uniunii implică obligația autorităților administrative naționale de a aplica, chiar și din oficiu, normele acestuia, indiferent dacă există dispoziții naționale contrare. Principiul supremației ordinii juridice europene impune întotdeauna, în caz de conflict normativ, neaplicarea dreptului național în favoarea celui dintâi.

Separat de practica judiciară relevantă, preocupările de a identifica toate dimensiunile în care se întrepătrund cele două sectoare de studiu, în special în procesul de dezvoltare a pieței interne, a presupus, evident, o parcurgere și a reglementărilor normative din Uniune, prilej pentru autor de a formula unele observații critice asupra lor și de a desprinde elemente comparative de generalizare și de convergență.

Meritul autorului, dincolo de valoarea și consistența lucrării, se reflectă și în receptivitatea de care a dat dovadă pentru elemente mai îndepărtate de știința dreptului și mai apropiate, chiar intime putem a spune, celei economice, așezându-se la lucru pentru a elabora poate – afirmăm fără a cădea în păcatul exagerării – cea mai cuprinzătoare monografie dedicată identificării și explicării acelor puncte sau segmente (preponderent eterogene) în care cele două sectoare de studiu – achizițiile publice și concurența – interacționează și se manifestă în contextul pieței interne a Uniunii, în evoluția căreia joacă un rol cheie. Prin vasta și neostenita activitate de documentare și cercetare științifică desfășurată, prin cantitatea covârșitoare de informații și documente invocate, autorul a reușit să surprindă în cele mai mici amănunte toate aceste interferențe, mănate de cele mai multe ori scopurile comune ale respectivelor sectoare.

Politicele UE privind achizițiile publice și, cu precădere, concurența se situează, de ceva vreme, în rândul acelor care au presupus o activitate normativă deosebită la nivelul legislației secundare. Au fost adoptate, de către Consiliu și Comisie, numeroase reglementări – regulamente, directive, decizii –, potrivit competențelor de care dispun, prin care sunt puse în aplicare dispozițiile cu caracter general prevăzute de tratatele de bază. Realizarea pieței unice și asigurarea funcționării ei corespunzătoare, ca obiectiv al Uniunii Europene, pot fi atinse doar dacă toți operatorii economici intră în competiția pentru atribuirea contractelor de achiziție publică de pe poziții egale și au șanse egale, pe întregul teritoriu al Uniunii. Tratatul de la Roma a încorporat regulile inițiale ale achizițiilor publice, care interzic orice discriminare pe temeiul cetățeniei sau al naționalității și orice restricție în alegerea furnizorilor și prestatorilor. Totuși, aceste reguli au fost prea generale și imprecise pentru a fi aplicate. Primele directive ale Comunității (Uniunii) referitoare la achizițiile publice au instituit un cadru dedicat, prin care s-au conturat regulile fundamentale aplicabile procedurilor de atribuire. Principiile de bază încorporate în Tratatul din 25 martie 1957⁶ rămân aplicabile tuturor achizițiilor care exced sferei de aplicare a reglementărilor subsecvente lui. Instituirea și funcționarea unei piețe interne, caracterizată, între altele, prin libera circulație a mărfurilor, persoanelor, capitalului și serviciilor, nu pot fi garantate dacă actele sau faptele de comerț sunt supuse unor practici restrictive sau limitative care alterează sensul relațiilor

⁵ În ceea ce privește obligația instanțelor naționale de lăsa neaplicate prevederile contrare dreptului comunitar, a se vedea practica statornică odată cu hotărârea din 9 martie 1978, cauza 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato/Simmenthal SA*, pct. 21 și 24.

⁶ Respectiv:

- interzicerea discriminării pe motive de cetățenie sau naționalitate (art. 7 CEE);
- libera circulație a mărfurilor și interzicerea restricțiilor cantitative la import sau export, respectiv a măsurilor cu efect echivalent (art. 30 CEE și urm.);
- libertatea de stabilire (art. 52 CEE și urm.);
- libera circulație a serviciilor (art. 59 CEE și urm.).

intracomunitare ce trebuie stabilite potrivit cu obiectivele promovării și dezvoltării armonioase și echilibrate ale activităților economice în ansamblul Uniunii.

Activități aparent limitate ca impact la un singur stat membru pot avea efecte în celelalte state membre, cum este cazul când, de exemplu, piața pentru un produs determinat sau pentru înlocuitorii lui depășește granița dintre două sau mai multe state, iar deciziile luate de întreprinderi care sunt situate în unul dintre statele membre pot să afecteze comerțul transfrontalier. În concret, un set de înțelegeri de cumpărare exclusivă între un producător și piețele de distribuție dintr-un stat membru pot să aibă efectul excluderii accesului pe acea piață din partea producătorilor concurenți din alte state membre, în special în cazul când este dificil să se înființeze o rețea concurentă de piețe de desfacere și dacă obligațiile de cumpărare exclusivă sunt asumate pentru o lungă perioadă de timp, astfel că, într-o asemenea situație, piața va fi inaccesibilă concurenților, iar achizitorii publici vor resimți în prețurile ridicate de achiziție această lipsă a concurenței.

Art. 102 TFUE declară că este incompatibilă cu piața internă și interzisă, în măsura în care poate afecta comerțul dintre statele membre, folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi a unei poziții dominante deținute pe piața internă sau pe o parte semnificativă a acesteia. Aceste practici abuzive pot consta în special în:

- a) impunerea, direct sau indirect, a prețurilor de vânzare sau de cumpărare sau a altor condiții de tranzacționare inechitabile;
- b) limitarea producției, comercializării sau dezvoltării tehnice în dezavantajul consumatorilor;
- c) aplicarea în raporturile cu partenerii comerciali a unor condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial;
- d) condiționarea încheierii contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte.

De asemenea, este incompatibil cu piața comună, cu unele derogări, orice ajutor acordat de către un stat membru sau prin intermediul resurselor de stat, indiferent de forma lui, care distorsionează sau amenință să distorsioneze concurența, favorizându-se unele întreprinderi sau producția unor mărfuri, în măsura în care afectează comerțul dintre statele membre. Ajutoarele de stat presupun, așadar, practicarea unor măsuri discriminatorii care favorizează activitățile naționale, ele tinzând prin aceasta să se substituie barierelor vamale care au fost înlăturate și să rupă artificial egalitatea mijloacelor.

Punerea în practică a oricăreia dintre cele două politici la care ne-am referit, prin intermediul reglementărilor dedicate lor, a necesitat o serie de clarificări în planul conceptelor întrebuițate, al abordărilor doctrinei juridice de specialitate, dar și al soluțiilor oferite de jurisprudență, iar preocuparea domnului dr. Graells în această direcție nu poate decât să ne încânte și să ne călăuzească în înțelegerea corectă a limitelor geografiei interioare a relațiilor concurențiale născute pe tărâmul atribuirii contractelor guvernamentale.

O analiză exhaustivă nefiind posibilă a fi expusă în cadrul acestei recenzii, în cele ce urmează, cu riscul asumat de a omite o parte dintre aspectele importante, ne-am propus să facem unele aprecieri succinte cu privire la problematica profundată de autor.

Lucrarea debutează cu o parte introductivă, alcătuită din șapte capitole. În primul dintre ele se face vorbire despre calitatea achizițiilor publice și a dreptului concurenței de sectoare relevante ale politicilor publice și legislației în Uniunea Europeană, în special în ceea ce privește procesul de construire a pieței interne și de impulsivitate a integrării economice europene (art. 119 TFUE statuează *expressis verbis*

principiul economiei de piață deschise, în care concurența este liberă). Însă, cele două sectoare au rămas în mare măsură independente în cadrul legislației economice a Uniunii. Din perspectiva clasică, tributară ideii de apariție și dezvoltare a pieței interne, achizițiile publice au fost, în esență, axate pe înlăturarea restricțiilor publice în calea circulației de mărfuri și servicii, respectiv a măsurilor protecționiste la nivelul statelor membre și, prin urmare, s-au cristalizat ca ansamblu de reglementări ce gravitau cu precădere în jurul celor patru libertăți fundamentale de circulație ce defineau nucleul normativ al pieței interne. De partea sa, dreptul concurenței a avut ca obiect preponderent restricțiile private asupra concurenței, care prejudiciau consumatorii, și prevenirea instituirii de astfel de restricții în calea comerțului. Astfel fiind, el a fost considerat o „a cincea libertate”, fără însă a fi în mod necesar perceput în strânsă corelare cu reglementările achizițiilor publice. A fost sesizată o interacțiune foarte limitată între legislația concurenței și cea a achizițiilor, câtă vreme cele două categorii normative în domeniul economic apăreau ca având obiective diferite și, în consecință, erau puține rațiunile pentru care să fie studiate împreună. Trecând peste această viziune clasică, ale cărei neajunsuri s-au resimțit mai ales în recunoașterea celor patru libertăți fundamentale și a concurenței ca părți ale unui sistem, s-a ajuns la o înțelegere mai integrativă a blocurilor componente ale regulilor pieței interne. S-au diversificat, astfel, posibilitățile de perfecționare a fiecăruia dintre aceste blocuri și, în special, de dezvoltare armonizată. Concepția modernă a dreptului concurenței nu poate fi restrânsă la elemente antitrust sau limitată la dispozițiile cuprinse la art. 101 și 109 TFUE și la cele de control al preluărilor economice, ci trebuie privită ca înglobând toate formele de exprimare juridică a politicii de concurență, în sens larg, iar achizițiile publice nu pot fi lăsate deoparte ori excluse din câmpul său de aplicare. Conducerea unei cercetări juridice asupra intersecțiilor dreptului concurenței cu cel al achizițiilor publice își poate arata roadele într-o mai bună înțelegere a celor două sectoare de reglementare și practică, dar și asigurarea dezvoltării unui sistem mai consistent privind legislația economică a Uniunii. Acolo unde normativele de concurență eșuează să garanteze o concurență nedistorsionată, achizițiile publice cu greu se pot organiza optim, iar alternativele guvernamentale vor fi în mod semnificativ primejduite de către condițiile de distorsiune sub care are loc cumpărarea de mărfuri și servicii. Similar, când reglementărilor ce țin de achizițiile publice nu sunt favorabile concurenței, ele pot naște eșecuri de piață pe care legislația concurențială este proiectată să le minimizeze. În astfel de cazuri, mijloacele de întărire bazate pe principii concurențiale (de pildă, elaborarea unei proceduri de achiziție orientate mai mult spre creșterea concurenței) devin primordiale, dacă se dorește crearea unei piețe fără distorsiuni.

Sunt prezentate situațiile actuale atât din perspectiva dreptului concurenței, cât și din cea a dreptului achizițiilor publice, urmate de o prezentare generală și corelată, din ambele perspective. Abordarea generală a studiului este construită având două premise de pornire: a) concurența „vine prima” (*goes first*) și b) există loc pentru o mai mare concurență în achizițiile publice. Cititorul este prevenit că, deși studiul este axat pe elementele comune ale domeniilor și încearcă să păstreze o proporție între acestea, punctul de plecare și, probabil, de sosire, rămâne mai apropiat domeniului concurenței, dat fiind că aceasta este un principiu general al legislației economice a Uniunii ce trebuie luat în considerare în conceperea tuturor tipurilor de reglementări economice. Finalmente, din punctul de vedere judicios al autorului, concurența reprezintă un principiu fundamental ce trebuie protejat și integrat la maximum în sectorul achizițiilor publice.

În capitolul III ne este înfățișat scopul lucrării – de a explora și analiza posibilitățile de întărire a dreptului concurenței în sectorul achizițiilor, de exemplu pentru stabilirea unor reglementări și practici mai favorabile concurenței față de acesta din urmă, și de a dezvolta un cadru analitic de evaluare a comportamentelor de piață ale cumpărătorilor publici dintr-o perspectivă a concurenței. Capitolul IV prezintă în ansamblu și pe componente structura lucrării, asociind și rezumând subiectele abordate în fiecare dintre componente. Trecând peste capitolele V și VI, în care ne sunt dezvăluite metodologia și presupunerile pe care se bazează autorul, în cel cu numărul VII sunt expuse deschis limitările studiului, întrucât, evident, o abordare a absolut tuturor aspectelor în legătură cu achizițiile publice în care aflăm

potențiale implicații în materia concurenței rămâne o utopie. Astfel, după cum însuși autorul relevă, lucrarea nu se apleacă asupra Acordului Organizației Mondiale a Comerțului privind achizițiile publice (*World Trade Organization Agreement on Government Procurement*) decât marginal – prin prisma faptul că directivele Uniunii au fost modelate pentru a corespunde acestuia – și nici asupra regulilor UNICTRAL privind achizițiile publice și a liniilor directoare ale Băncii Mondiale privind achizițiile publice în cadrul împrumuturilor B.I.R.D. și creditelor IDA. Deși o relație între corupție și anti-concurență în practicile de achiziție nu poate fi negată și nici neglijată – în anatomia lor intrinsecă, faptele specifice de corupție poartă precursorii încălcării principiilor concurențiale, pe care o favorizează, după cum și unele manifestări neconcurențiale își au rezultatul în fapte de corupție –, studiul nu este dedicat analizării corupției în domeniul achizițiilor publice, subiect atins doar tangențial în paginile sale.⁷ Dat fiind că atenția este centrată pe acele aspecte ce țin funcționarea competitivă a pieței, respectiv care pot genera deficiențe la nivelul acestuia, sunt examinate mai puțin elementele de simetrie a drepturilor între autoritățile contractante și contractanți, de supremație a autorităților publice față de aceștia din urmă, a regulilor privind redactarea și executarea contractelor ori a celor legate de soluționarea litigiilor dintre părți. A fost tratată în detaliu numai acea dimensiune a procedurilor de licitație care posedă un potențial cert de impact asupra dinamicilor concurenței în piață (deci nu probleme precum ar fi: acordarea de stimulente economice pentru un anumit contract, structuri de remunerare a contractorilor, structuri de împărțire a riscurilor etc., care rămân, în general, de ordin intern în raportul dintre achizitorul public și contractant). La o privire de ansamblu s-au limitat și relațiile „in-house” (nu au fost analizate în profunzime chestiunile dacă este necesar ca autoritățile contractante să păstreze anumite activități „in-house” ori dacă lor le revine o obligație generală de a le exterioriza (sau privatiza) în piață prin mecanisme competitive de achiziție publică), însă ea este suplinită bogata jurisprudență pe această temă acumulată de Curtea Europeană de Justiție⁸. Nu trebuie uitat că, potrivit TFUE, întreprinderile care au sarcina de a gestiona servicii de interes economic general sau care prezintă caracter de monopol fiscal se supun normelor tratatelor și, în special, regulilor de concurență, în măsura în care aplicarea acestor norme nu împiedică, în drept sau în fapt, îndeplinirea misiunii speciale care le-a fost încredințată. Mai trebuie punctat, în final, și faptul că intenția autorului nu a fost de a descrie și explica toate tipurile de proceduri de atribuire a contractelor de achiziție pe care le organizează autoritățile contractante și, ca atare, o astfel de descriere/explicare nu și-a găsit loc în cuprinsul studiului.

Partea a II-a a cărții este axată pe analiza bazelor economice și juridice ale achizițiilor publice și dreptului concurenței, atât separat, cât și global, în vederea fixării contextului analitic în care s-a efectuat cercetarea aplicată din cadrul părților a III-a și a IV-a. Sunt prezentate categoriile de piețe de achiziții publice (deschise, restrânse, reglementate, nereglementate, dependente, exclusive, comerciale etc.) în funcție de diverse criterii de diferențiere și considerațiile economice (dar și cele geografice) care le guvernează. Sunt subliniate importanța și implicațiile achizițiilor pentru întregul sector economic, în special ca obiective de investiție publică/mecanisme de cheltuire a veniturilor publice, ca instrumente de lucru pentru sectorul public, ca instrumente de organizare, disciplinare și reglementare sectorială. Este expus rolul complex pe care în îndeplinesc autoritățile publice contractante – de cumpărători, de paznici (*gatekeepers*) și administratori ai oportunităților de afaceri (însărcinați cu competența de a asigura accesul leal și egal la investițiile finanțate de contribuabili), de creatori de politici și piețe economice. Este analizat comportamentul achizitorului public și efectele reglementărilor privind achizițiile, cu precădere asupra distorsionării mediului concurențial, al coalizării operatorilor economici, al ofertării cu prețuri nereale etc. Sunt descrise scopurile economice, sociale și politice ale dreptului

⁷ Însă, în notele de subsol, autorul face trimitere la numeroase surse bibliografice privind acest subiect.

⁸ A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 18 noiembrie 1999, *Teckal*, cauza C-107/98; Hotărârea din 11 ianuarie 2005, *Stadt Halle și RPL Lochau*, cauza C-26/03; Hotărârea din 13 ianuarie 2005, *Comisia/Spania*, cauza C-84/03; Hotărârea din 10 noiembrie 2005, *Comisia/Austria*, cauza C-29/04; Hotărârea din 11 mai 2006, *Carbotermo și Consorzio Alisei*, cauza C-340/04; Hotărârea din 19 aprilie 2007, *Asemfo*, cauza C-295/05; Hotărârea din 8 aprilie 2008, cauza C-337/05, *Comisia Republica Italiană*.

concrenței, în strânsă legătură cu realizarea pieței interne – ca obiectiv pur al Uniunii Europene – urmate de cele specifice achizițiilor publice (*best value for money*, eficiența achiziției, creșterea transparenței, integrarea în piață etc.). Asemenea primei părți, și cea secundă se bucură la finele fiecărui capitol de rezumate concluzive din partea autorului.

În cea de a III-a parte, compusă din 2 capitole⁹ și 13 secțiuni, sunt relevate cu atenție insuficiențele actualelor instituții de concurență și căile de perfecționare a lor, în special prin prisma mecanismelor de achiziție publică. Se discută în amănunt aplicabilitatea și rolul art. 106 alin. (1) și (2) TFUE în cele două materii de interes, despre incidența sa asupra Directivei nr. 2004/17/CE de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectorul apei, al energiei, al transporturilor și al serviciilor poștale¹⁰, despre dificultățile de aplicare a nucleului normativ european antitrust (induse pe cale jurisprudențială) și, extrem de important, despre practica relevantă a instanței de la Luxemburg (ne rețin atenția hotărârile pronunțate în cauzele T-319/99, *FENIN/Comisia*, confirmată în recursul ce a format obiectul cauzei C-205/03 P, și T-155/04, *Selex/Comisia*, confirmată în recursul ce a format obiectul cauzei C-113/07 P). Este aprofundată noțiunea de „activitate economică” (alături de aceea de „întreprindere”), cu referire la amintita jurisprudență și dintr-o perspectivă funcțională și anti-formalistică, fără a omite a se arăta că instanța europeană a extins aplicabilitatea regulilor de concurență din Uniune cuprinse la art. 101 și art. 102 TFUE (i.e. nucleul cadrului privind concurența incident întreprinderilor) la anumite activități publice necomerciale. Un accent deosebit este pus pe înțelegerea doctrinei intervenției statului, dezvoltată ca mecanism de soluționare a conflictelor dintre două tipuri de reglementări: cele ale Uniunii privind concurența și cele naționale anti-concurențiale – sau, altfel spus, dezvoltată ca mecanism de stabilire a unui *nexus* coerent între cele două niveluri de guvernare. Autorul face o interesantă paralelă cu abordarea acestei doctrine în Statele Unite, consolidată de interpretările ordinii juridice antitrust date de Curtea Supremă [*Parker v. Brown*, 317 US 341, 352 (1943)] și în alte spețe].

O întregă și substanțială secțiune este alocată formelor în care principiul concurenței este integrat și consacrat în directivele UE privind achizițiile publice, precum și recunoașterii și consolidării și delimitării lui în numeroase hotărâri pronunțate de Curtea Europeană de Justiție. Este expusă legătura dintre acest principiu apropiat în materia achizițiilor și normele generale ce compun dreptul pozitiv al concurenței din Uniune, precum și cu cel al tratamentului egal.

Partea a IV-a (cea mai voluminoasă, ca număr de pagini), astfel cum se desprinde și din titlul ei, este rezervată analizei alterării sau distorsionării concurenței prin achizițiile publice, cu precădere prin anumite reglementări inadecvate sau diverse practici administrative din partea autorităților contractante, cu o atenție deosebită în expunerea căilor de prevenire a impactului anticoncurențial. Sunt evaluate restricțiile inutile privind accesul la procedurile de achiziție, precum ar fi piedicile în obținerea de către operatorii economici a documentației de participare la licitație, preferința pentru organizarea de proceduri cu număr restrâns de participanți, întârzierile în furnizarea de informații privind procedura de achiziție, oferirea de date incomplete, introducerea de cerințe de calificare discriminatorii sau restrictive, impunerea unor garanții de participare excesive, elaborarea de specificații tehnice favorizante anumitor ofertanți, agregarea contractelor (neatribuirea pe loturi), impunerea unor prețuri maximale de achiziție nereale, inițierea de negocieri cu scopul de a determina/forța ofertanții să își reducă prețurile sub costuri. Totodată, sunt evocate și practici anticoncurențiale provenind din partea privată a sectorului, cum ar fi înțelegerile secrete între participanți, ofertarea multiplă, ofertarea prin intermediari, subcontractarea nedecarată.

⁹ *EU Competition Law and Public Procurement – The Inability of EU Competition Rules to Rein in Anti-Competitive Public Procurement*, respectiv *The Principle of Competition Embedded in the EU Public Procurement Directives*.

¹⁰ JO L 134, 30 aprilie 2004.

Este abordat și subiectul criteriilor de atribuire a contractelor, în lumina ansamblului jurisprudențial relevant și a directivei specifice ale UE, potrivit căreia atribuirea contractelor trebuie realizată pe baza unor criterii obiective care asigură respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament și care garantează aprecierea ofertelor în condiții eficiente de concurență. Un loc aparte își găsește și tratamentul ofertelor care nu corespund în totalitate cerințelor autorităților contractante, dar și cel al ofertelor alternative ori cu preț neobișnuit de scăzut. Demnă de a fi semnalat aici este și secțiunea sugestiv intitulată *Path Dependence (or Consolidation of Current Commercial Relationships)* – Dependența de relațiile existente (sau consolidarea relațiilor comerciale actuale), în care găsim și referințe la hotărârile emise în această privință de către instanța europeană (relevantă este cea pronunțată la 10 septembrie 2008 în cauza T-59/05, *Evropaiki Dinamiki – Proigmena Sistimata Tilepikinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE/Comisia*).

În capitolul final al părții în discuție găsim formulate propunerile autorului de dezvoltare a unui cadru al achizițiilor publice orientat înspre o mai mare concurență, prin limitarea atât a restricțiilor create de autoritățile publice, cât și a celor provenind din partea întreprinderilor private (operatorilor economici), cu o specială preocupare pentru expunerea soluțiilor instituite de legislația de peste ocean (*US Federal Acquisition Regulation*).

Ultima parte a cărții este rezervată sistematizării concluziilor la care a ajuns autorul și recapitulării celor mai importante răspunsuri obținute în urma cercetării efectuate.

Nu încheiem această recenzie fără a remarca obiectivitatea științifică și rigoarea de cercetător care caracterizează întregul efort depus de creatorul acestei opere – adevărat tratat pluridisciplinar, situat la granița dintre economic și juridic, care oferă cu prisosință posibilitatea unei cunoașteri originale și aprofundate a interferențelor dintre dreptul concurenței și practicile de achiziție publică, fără a se pierde din vedere relevarea instrumentelor de corecție a politicilor ce guvernează cele două sectoare de interes. În strădania sa, semnatarul lucrării reușește să rețină ceea ce este cu adevărat necesar pentru înțelegerea conceptelor, principiilor și mecanismelor proprii acestor două sectoare.

Mai observăm și adăugăm aici că lucrarea recenzată se evidențiază nu numai prin aria problemelor examinate, multe dintre ele inedite, mai cu seamă că obiectul său a fost arareori abordat în literatura de specialitate, dar și prin stilul clar și logic al exprimării, prin coerența ce structurează materia, prin metoda aplicată și, mai ales, prin analiza profundă a formelor de manifestare a principiilor concurenței în teoria și practica achizițiilor publice și prin sugerarea de soluții de consolidare în această privință a mediului concurențial.

Lucrare de reflecție științifică, monografia *Public Procurement and the EU Competition Law* elaborată de domnul dr. Albert Sánchez Graells cuprinde multiple puncte de vedere novatoare, analize, observații practice și păreri proprii fundamentate pe o solidă structură de drept comparat în legătură cu diversele aspecte ale problematicii analizate. Dată fiind certa sa valoare științifică, această lucrare – rod al unor căutări și evaluări atente, în baza unui studiu temeinic de doctrină, jurisprudență și legislație – reprezintă o reală și semnificativă contribuție la îmbogățirea literaturii de specialitate într-un domeniu care nu a fost încă suficient cercetat.

Lucrarea se adresează unui spectru larg de cititori, nu numai din rândul juriștilor sau economiștilor, din cadrul autorităților contractante, operatorilor economici, instituțiilor cu atribuții de strategie și control etc., preocupați de cunoașterea laturii concurențiale a sistemului achizițiilor publice.

*drd. Dumitru-Daniel ȘERBAN**

* Consilier de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

F.O.W. VOGELAAR*

The EU Competition Rules. Landmark Cases of the European Courts and the European Commission**

Europa Law Publishing,¹ editură care are proiecte importante în domeniul dreptului Uniunii Europene, cu sediul în Groningen (Olanda), a publicat în 2010 cea de-a treia ediție a volumului „*The EU Competition Rules. Landmark Cases of the European Courts and the European Commission*” a dl-ui profesor F.O.W. Vogelaar.

La prima ediție, în 2004, profesorul Vogelaar vorbea despre transformarea unei experiențe didactice de 12 ani într-un document scris, un volum accesibil tuturor cititorilor. Este impresionantă, așadar, cariera acestei cărți: 12 ani de gestație (la noi cărțile apar în primul an de predare – dacă nu cumva este o obligație de serviciu) și acumulare a încă două ediții – 2006 și 2010 – care dovedesc durabilitatea acestui proiect, nuanța proprie pe piața cărților de acest gen (o piață foarte activă, cu nume importante de autori precum V. Korah Ariel Ezrachi sau Giorgio Monti care au însă concepții diferite în redactarea unor astfel de volume).

În privința criteriilor de selecție – importante în numărul abuziv de mare din domeniul concurenței – autorul ne propune ca primă distanțare importanța unui caz (unei decizii)/a unei cauze² și contribuția acesteia la dezvoltarea uneia dintre doctrine sau a conceptelor în dreptul Uniunii Europene. Desigur, s-ar putea obiecta că o astfel de privire trebuie făcută din perspectiva istorică, având răceala distanței față de momentul pronunțării hotărârii sau a adoptării unei decizii; s-ar putea concluziona, așadar, că ne aflăm în fața unei cărți de istorie a dreptului concurenței, marcat în etape, prin cele mai importante decizii și hotărâri. Experiența autorului își spune cuvântul astfel că ultimele hotărâri sunt foarte apropiate de momentul editării acestui volum;³ cu toate acestea accentul este pus pe jurisprudența istorică,

* Autorul este profesor la Universitatea din Amsterdam; <http://www.jur.uva.nl/aciluk/object.cfm?objectID=437E8FA1-0E3E-4671-9F836D249BB8E29F>

** Europa Law Publishing, Groningen, ediția a treia, 2010 (august), xx + 432 p., ISBN [9789089520913].

¹ Pagina de prezentare a cărții, inclusiv sumarul detaliat al acesteia sunt publicate de către Editura Europa Law Publishing la adresa <http://www.europalawpublishing.com/EN/webshop/search/competition/1/8345>. Volumul a fost prezentat în cadrul conferințelor Centrului de Studii de Drept European al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, al Academiei Române, în data de 19 aprilie 2011 cu ocazia prezentării realizate de dr. Oana Andreea Ștefan (profesor asistent, HEC Paris) a temei „*Soft law și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene în materie de concurență și ajutoare de stat: forme hibride de constituționalism*” (Academia Română) – www.csde.ro.

² Dosarele Comisiei Europene sunt desemnate drept „cazuri”, iar aceasta adoptă „decizii”, în timp ce „cauze” provin de la instanțele Curții de Justiție a Uniunii Europene (Tribunalul Uniunii Europene și Curtea de Justiție), în care acelea adoptă hotărâri.

³ Acestea sunt: CJCE, hotărârea din 10 septembrie 2009, cauza C-97/08 P, *Akzo Nobel și alții/Comisia*, Rep. 2009 p. I-8237; TUE, hotărârea din 11 iulie 2007, cauza T-170/06, *Alrosa/Comisia*, Rep. 2007 p. II-2601; Decizia Comisiei din 22 februarie 2006 referitoare la o procedură de aplicare a art. 82 din Tratatul CE și a art. 54 din Acordul SEE (*De Beers*), JO L 205/24.

nu neapărat pentru că este mai veche, însă multe din hotărârile recente sunt repetări ale celor care au format nucleul „dur” al dreptului concurenței în CE/UE, sau aplicații ale acestor hotărâri „istorice”. Dincolo însă de locul privilegiat al practicii mai vechi a instanțelor UE și a Comisiei Europene, este important de menționat actualizarea pertinentă materiei, prin adăugarea la fiecare nouă ediție, a unor noi cauze, grupate eventual în noi capitole sau secțiuni. Prin aceasta, s-a realizat un echilibru inspirat între nou și vechi; practica veche⁴ a fost inclusă în volum doar în măsura în care era susceptibilă să supraviețuiască „modernizării” și „economizării”⁵ dreptului UE al concurenței (p. v).

Mai mult, chiar dacă practica în domeniul concurenței cunoaște o dezvoltare permanentă, cel interesat poate discerne aceste evoluții studiind materiile prezentate de autor.

Precum a precizat autorul în prefețele celor ediții de până în prezent, fiecare dintre ediții a trebuit să ia în considerare evoluțiile în domeniul dreptului concurenței: „economizarea” progresivă a dreptului concurenței, intrarea în vigoare a Regulamentului nr. 1/2003, Tratatul de la Lisabona etc. Cel mai recent tratat al Uniunii l-a determinat pe autor să modifice titlul cărții, să renunțe la „comunitar” în favoarea „Uniunii”, să actualizeze numerotarea articolelor fostului Tratat CE (prin noul TFUE). Lucrarea a exclus în mod explicit prezentarea unor cauze din practica foarte variată în privința art. 101 alin. (3) TFUE, practică care, potrivit autorului în prefața la prima ediție, era de așteptat să se dezvolte și mai mult subsecvent intrării în vigoare la 1 mai 2004 a Regulamentului nr. 1/2003, care a instituit „sistemul de exceptare direct aplicabil” (p. v).

Cu toate acestea, parcurgerea celor 10 capitole⁶ nu este un traseu introductiv, ci presupune cunoștințe în materie, fie și sumare: nu este o carte cu multe cauze care să obosească cititorul care dorește esențialul în materie; esența nu este talmăcită direct, ci prin instrumente proprii unui cercetător: o cauză are o foarte scurtă descriere a importanței sale, legăturile cu alte cauze din volum, relevanța acesteia („explică un concept”, de exemplu), paragrafele selectate, bibliografie (doctrina și jurisprudența) pertinente unei cauze.

În general, structura prezentării unei cauze sau a unui caz s-a făcut astfel: ulterior enunțării titlului hotărârii sau deciziei s-a realizat un rezumat succint al circumstanțelor aceleia, evitându-se încărcarea excesivă a prezentării cu date (pur) conjuncturale⁷; subsecvent, într-o propoziție (sau, de multe ori, literal în câteva cuvinte) este expusă pertinenta hotărârii pentru chestiunea prezentată; ulterior sunt redate considerente ale hotărârii/deciziei, eliminându-se, de asemenea, trimiterile care ar putea încărca inutil textul; câteva referințe bibliografice (în limba engleză) considerate esențiale încheie prezentarea fiecărei cauze. Chiar dacă din volum lipsește o enumerare amplă a jurisprudenței subsecvente care se întemeiază pe o anumită hotărâre/decizie, totuși există referințe încrucișate, în special în privința evoluțiilor

⁴ Primele cauze ale Curții de Justiție în materie, în care instanța s-a pronunțat practic aproape simultan, sunt hotărârea din 30 iunie 1966, cauza 56-65, *Société Technique Minière (L.T.M.)/Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, ECR 235, respectiv hotărârea din 13 iulie 1966, cauzele conexe 56 și 58-64, *Établissements Consten S.à.R.L. și Grundig-Verkaufs-GmbH/Comisia*, ECR 299.

⁵ Vogelaar consideră că „economizarea” dreptului concurenței a generat o abordare întrucâtva diferită a instanțelor în privința aprecierii faptelor și împrejurărilor de ordin economic (p. ix).

⁶ „Art. 101 TFUE – Noțiuni de bază”; „Art. 102 TFUE – Poziție dominantă și abuz – Concepte și noțiuni fundamentale”; „Doctrina efectului util”; „Întreprinderi publice și întreprinderi însărcinate cu gestiunea de servicii de interes economic”; „Acorduri orizontale”; „Acorduri verticale”; „Introducere în controlul concentrărilor și în asocieri de întreprinderi structurale”; „Asocieri de întreprinderi, forme de cooperare orizontală și art. 101 TFUE”; „Punerea în aplicare și procedură”; „Rolul altor actori în procesul de punere în aplicare”. Fiecare capitol este împărțit la rândul său în secțiuni, care grupează, într-una sau mai multe subsecțiuni (nenumerate) una sau mai multe cauze ale instanțelor UE sau decizii ale Comisiei.

⁷ Atunci când o cauză este citată de mai multe ori, volumul face trimitere, de regulă, la prezentarea acelor circumstanțe cu prima ocazie.

subsecvente (confirmarea unei decizii a Comisiei printr-o hotărâre ulterioară a Tribunalului Uniunii Europene; confirmarea ulterioară a soluției Curții sau a Comisiei etc.), a unor orientări sau instrumente adoptate de Comisie sau chiar a unor trimiteri bibliografice.

Profesorul Vogelaar și-a propus, o mărturisește, să însoțească acest volum util studenților, specialiștilor, publicului interesat, cu un veritabil manual introductiv care să se întemeieze în întregime pe aspectele relevante ale regim modernizat al concurenței în UE, manual care să realizeze o referire directă la cauzele și deciziile din acest volum.

Așadar, precum s-a exprimat autorul, intenția sa nu a fost de a acoperi toate aspectele dreptului UE al concurenței, ci de a limita alegerea materialelor de utilizat la ceea ce ar putea fi considerat ca absolut esențial în obținerea unor cunoștințe fundamentale sub forma unui curs introductiv. Acea intenție a fost realizată întrutotul.

Mihai BANU*

* Se cuvin mulțumiri dlui prof. F.O.W. Vogelaar și dnei Jacqueline Lensink.

REVISTE Wolters Kluwer

Oferta de prețuri pentru abonamente 2011

Denumire Revistă	Preț copertă / exemplar	Numere de apariții incluse în abonament	Preț abonament
PANDECTELE ROMÂNE	55 RON	12	510 RON
REVISTA ROMÂNĂ DE DREPTUL MUNCII	55 RON	8	350 RON
REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT AL AFACERILOR	45 RON	10	330 RON
REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT EUROPEAN	50 RON	6	250 RON

Oferta este valabilă pentru abonamentele aferente anului 2011.

Prețurile includ TVA.

Abonamentele se încheie pentru numărul de apariții consecutive specificat.

Abonamentele încep cu ultimele apariții ieșite din tipar.

Prețurile sunt valabile la data tipăririi acestei reviste. Wolters Kluwer își rezervă dreptul de a modifica aceste prețuri fără o înștiințare prealabilă.

Pentru orice informații suplimentare și comenzi, ne puteți contacta la tel: 031 - 224.41.50, e-mail: distributie@wolterskluwer.ro

CONDIȚII GENERALE DE PUBLICARE

1. Trimiterea unei lucrări în vederea publicării în Revista Română de Drept European, sub rezerva acceptării sale de către colegiul științific al revistei, constituie consimțământul autorului pentru cesiunea dreptului de autor în următoarele condiții generale:

2. Colegiul științific al revistei va accepta lucrarea cu condiția ca aceasta să corespundă într-o măsură rezonabilă, ca nivel și stil, considerând un minim necesar pentru a fi acceptată, următoarele:

- nivel științific corespunzător;
- tema lucrării să fie actuală;
- lucrarea să conțină un aport de noutate față de doctrina existentă;
- conținutul lucrării să fie adus la zi cu legislația în vigoare în momentul predării.

Dacă lucrarea nu corespunde, Editura, la propunerea colegiului științific al revistei, are dreptul să refuze publicarea acesteia în forma prezentată sau să ceară autorului modificarea lucrării conform standardelor revistei.

3. Autorul cedează Editurii, conform Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, în exclusivitate și fără o limitare teritorială, următoarele drepturi, în totalitate:

- drepturile de reproducere și distribuire a lucrării pe format hârtie, în cadrul unui număr al Revistei române de drept comunitar, pe o perioadă de 4 ani;
- drepturile de reproducere și distribuire a lucrării pe format electronic, pe toată durata sa de existență;
- dreptul de a crea opere derivate, exclusiv în vederea reproducerii și distribuirii în format electronic;
- dreptul de a retipări acel număr al revistei care include și lucrarea autorului, pe toată durata de existență a dreptului de autor.

4. Pentru fiecare lucrare publicată, Editura va efectua remunerația dreptului de autor, stabilită de la caz la caz, ținând cont de următoarele criterii:

- originalitatea și noutatea tezelor doctrinare susținute;
- nivelul științific al lucrării; actualitatea și noutatea temei;
- volumul lucrării etc.

5. Autorul garantează că este singurul deținător al dreptului de autor asupra lucrării și că lucrarea este originală, cu excepția materialelor de domeniu public și a extraselor din alte lucrări, care sunt făcute cu respectarea dispozițiilor legale în materia proprietății intelectuale. Autorul își asumă deplina responsabilitate în privința conținutului lucrării.

6. Cu privire la materialele care se publică, colegiul științific al revistei își rezervă următoarele drepturi:

- să modifice titlul acestora;
- să corecteze, după caz, să reformuleze ori stilizeze unele formulări, fără a aduce atingere ideilor, opiniei și argumentelor autorilor.

7. Lucrările se trimit în format electronic pe adresa e-mail redactie@wolterskluwer.ro sau pe suport hârtie, însoțit de forma electronică a acestora (dischetă, CD), pe adresa WOLTERS KLUWER SRL, București, str. Orzari nr. 86, sector 2, cu mențiunea „Pentru Revista Română de Drept European”. Autorii vor preciza numele și prenumele, profesia (funcția), locul de muncă/locul desfășurării activității, adresa, telefonul, codul numeric personal și codul IBAN.

8. Materialele vor fi redactate în Microsoft Word, font Times New Roman, corp 12, la 1,5 rânduri, folosindu-se în mod obligatoriu diacriticele.

Articolele de doctrină vor fi structurate în mai multe părți și diviziuni, corespunzător complexității temei tratate.

Fiecare articol de doctrină va fi însoțit de un rezumat redactat în mod obligatoriu în limba engleză, de maximum 30 de rânduri, în funcție de dimensiunea articolului și de complexitatea temei tratate. Rezumatul va conține esența articolului și concluziile autorului asupra problemei analizate.

La redactarea articolelor de doctrină, cât și a cronicilor, comentariilor și a notelor de jurisprudență, ce analizează sau citează acte comunitare sau hotărâri pronunțate de către instanțele comunitare, se va utiliza în mod obligatoriu *Ghidul stilistic de traducere în limba română pentru uzul traducătorilor acquis-ului comunitar, ediția a IV-a revăzută și adăugită, 2006*, elaborat de Institutul European din România și disponibil la adresa de internet www.ier.ro, cu următoarele derogări și precizări ce vor fi avute în vedere pentru simplificarea redactării:

- denumirea cauzelor în care instanțele comunitare (Curtea de Justiție a Comunităților Europene, Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene, respectiv Tribunalul Funcției Publice al Uniunii Europene) au pronunțat o hotărâre în care au avut calitatea de părți instituții ale Uniunii Europene/Comunității Europene/Euratom se vor cita cu denumirea lor prescurtată (cu excepția Parlamentului European), iar părțile vor fi despărțite de „/”; de exemplu, cauza C-317/04, *Parlamentul European c. Consiliul Uniunii Europene și Comisia Comunităților Europene* se va cita *Parlamentul European/Consiliu și Comisie*;
- pentru hotărârile pronunțate înainte de 1 ianuarie 2007, referirea la publicarea acestora se va face, în mod obligatoriu, la *Recueil de jurisprudence* sau, după caz, la *European Court Reports*, în funcție de sursa citată; fac excepție de la această regulă hotărârile încadrate în „jurisprudența istorică” a Curții de Justiție, ce vor fi publicate la o dată ulterioară în ediția specială a Culegerii de jurisprudență în limba română;
- citarea actelor comunitare și a reglementărilor cuprinse în acestea va avea în vedere publicarea acestora în ediția specială în limba română a Jurnalului Oficial al Uniunii Europene (disponibil la adresa legislativă de internet a Uniunii Europene, eur-lex.europa.eu) și, în lipsă, publicarea acestora la adresa de internet a Institutului European din România, www.ier.ro.

Cronicile, comentariile și notele de jurisprudență nu vor reproduce *in extenso* hotărârea analizată, ci vor fi precedate de un rezumat care va conține principalele considerente ale acestora și care vor fi citate cu acest prilej.

Sursele bibliografice vor fi citate complet și vor indica toate elementele de identificare: inițiala prenumelui și numele autorului (fără caractere îngroșate), titlul complet al articolului (în italic și fără ghilimele), publicația, număr/an și pagina de trimitere. Se vor utiliza doar abrevierile menționate în lista de abrevieri.

În ce privește abrevierile uzuale utilizate în citarea actelor normative române (de exemplu, articol – art. , alineat – alin., litera – lit. etc.), acestea vor fi utilizate în măsura în care nu contravin modalității de citare a diviziunilor și subdiviziunilor actelor comunitare care, reamintim, nu se abreviază; se acceptă însă, în mod excepțional, utilizarea abrevierii „pct.” în cazul citării hotărârilor de jurisprudență comunitară. Recomandarea făcută autorilor este aceea ca, în situațiile în care în același text sunt citate atât dispoziții comunitare, cât și dispoziții din reglementări române (sau din alte reglementări naționale ale statelor membre ale Uniunii Europene), să se renunțe la abrevierile uzuale menționate mai sus, în vederea menținerii unicității stilului de redactare.

9. Autorii vor primi din partea Editurii o confirmare a recepției în termen de 10 zile. Pentru a evita orice disfuncționalități în transferarea documentelor, rugăm autorii ca, în eventualitatea în care în termenul menționat nu au primit confirmarea, să contacteze, printr-un nou mesaj, Editura.